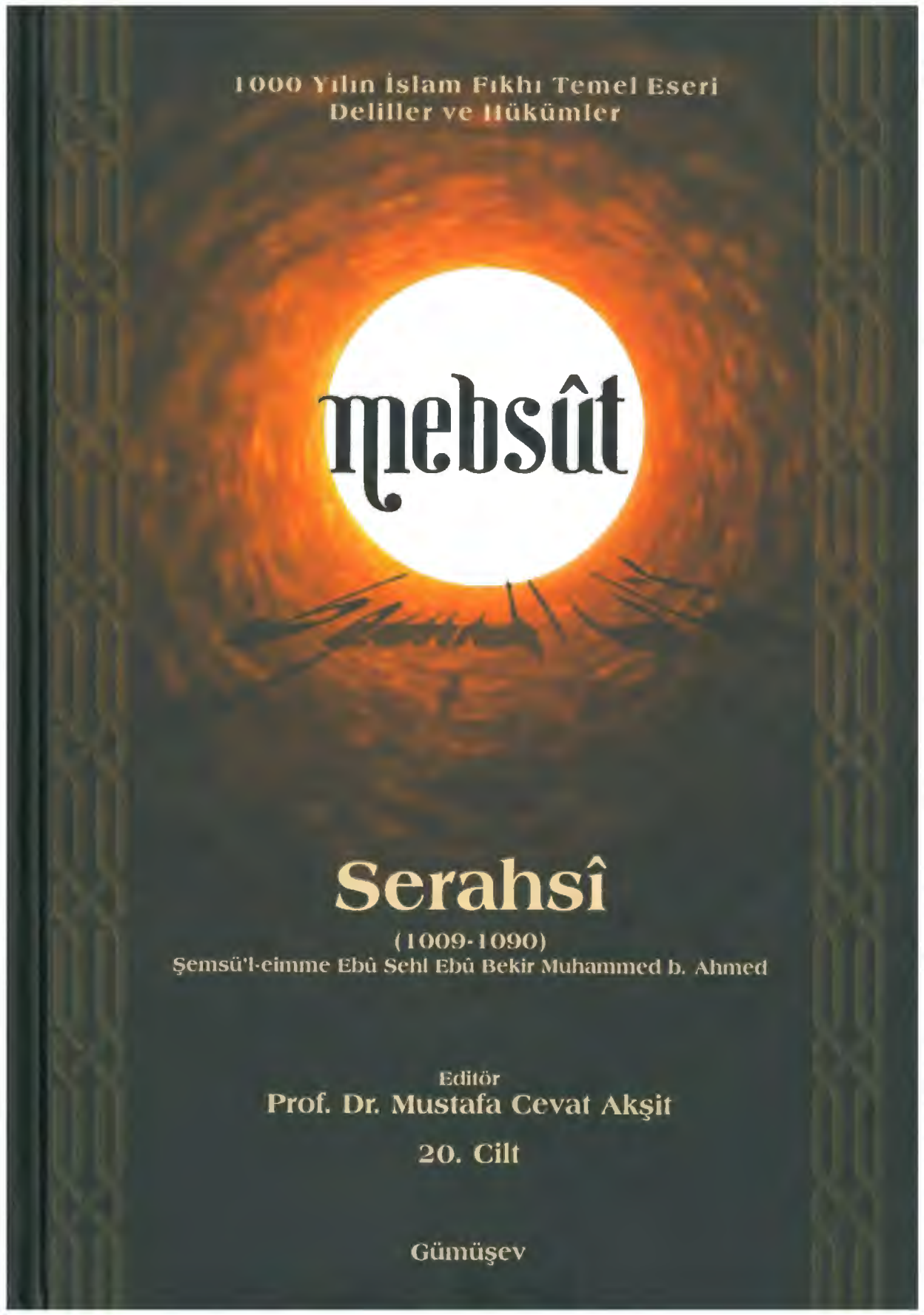
1000 Yılın İslam Fıkhı Temel Eseri
Deliller ve Hükümler



Mebsût

Serahsî

(1009-1090)
Şemsü'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed

Editör
Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit

20. Cilt

Gümüşev

20. CİLT TERCÜME ve TASHİH HEYETİ

Sayfa	Tercüme Eden	Tashih Eden
2-133	ŞERAFETTİN KALAY	PROF.DR. ALİ ŞAFAK
133-183	M. TALHA ODABAŞI	PROF.DR. HAMDİ DÖNDÜREN

Not:

Eserin tamamı Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit tarafından kontrol edilmiş ve dipnotlarla zenginleştirilmiştir.

Gümüşev Yayınları No:1
ISBN: 978-605-5779-00-9

"Mebsut kitabının bütün yayın hakları Gaye Vakfına ait olup, 3000 adeti kapsayan birinci baskısının yayın hakkı Gümüşev yayıncılığa devr edilmiştir."
Gaye Vakfı'nın yazılı izni olmadan çoğaltılamaz.

Baskı-Cilt
Ege Basım
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No:8 Göztepe / İstanbul
www.egebasim.com.tr / ege@egebasim.net ~Tel: +90 216 472 84 01 ~ Fax: +90 216 472 84 05

İSTEME ADRESİ
GÜMÜŞEV YAYINCILIK
Merdivenköy Mah. Özlem Sk. Kansu Apt. No: 8/A Kadıköy/İstanbul
Telefon: +90 216 467 03 85 ~ Fax: +90 216 467 23 27
www.mebsut.com

İÇİNDEKİLER

KİŞİYE KEFİLLİK VE DÂVAYA VEKİL OLMA 1

Koşula bağlı veya zamana dayalı kefillik 1
Kişiye kefillik ve dâvaya vekilliğin vadeye bağlanması 7
El-Cezru'l-esam 10
Dâva vekilliğinde dâvanın belli olmaması 11
Çocuğun kefil olması 11
Yetimin vasisinin, yetimi onun için aldığı borca kefil göstermesi 12
Kanûnî ehliyeti olmayanlara vekillik 12
Belli bir yerin hakiminin kararına bağlı kefalet 13

ÇOCUKLARA VE KÖLELERE KEFİL OLMA 15

Dâvalı olan çocuğun kendisine kefillik 15
Ticarete izinli çocuğun borcuna kefil olmak 15
Ticarete izinli olmayan çocuğun borcuna kefil olmak 16
Zımmînin zımmîye kefilliği 35
Bir zimmîye şarap borcu olanın sonra Müslüman olması 35
Şarap borcuna kefil olan zimminin Müslüman olması 37
Şarapda selem yapan gayri müslimlerin Müslüman olmaları 37
Mehir olarak şarap belirlenip sonra tarafların Müslüman olmaları 38
Müslümanın şarap alacağına zimminin kefil olması 39
Müslümanın zımmiye olan şarap borcuna kefil olmak 40

MALA KEFİLLİK 41

Ariyet ve minhanın meşrûiyeti 41
Borca kefilliğin zamana bağlanması 42
Kefilin alacaklıya karşı yükümlülüğü aynen borçlu gibi olması 43

Kefil borcu ödemeden, asıl borçlunun kefile ödeme yapması ... 43
Kefilin, borcu ödemeden, asıldan aldığı malı çalıştırıp kâr elde etmesi ... 44
Kefillik isteğinin borç ikrarı olması ... 45
Asıl üzerindeki borcun niteliğinin kefil için de geçerli olması ... 45
Borcun vadesiz, kefilliğin vadeli oluşu ... 46
Kefillik karşılığı ücret almak ... 47
Dinden çıkanın kefilliği ... 48
Dinden çıkana kefil olmak ... 49

BİR GRUP İÇİNDE YER ALAN KİŞİLERİN BİRBİRLERİNE KEFİLLİĞİ (ZİNCİRLEME KEFİLLİK) ... 51

Zincirleme kefalet ... 51
Zincirleme kefillerin ödedikleri borcu birbirlerine rûcû etmeleri ... 51
Bir borca farklı zamanlarda iki kişinin kefil olması ... 55
Birbirine kefil olan iki borçlunun üçüncü bir kişiyi kefil göstermeleri ... 61

KENDİSİNE KEFİL OLUNANIN BORÇTAN KURTULMASI KOŞULUYLA KEFİLLİK ... 67

Borçlunun ibrası koşuluyla kefilliğin, havale olması ... 67
Havalede tevâ sayılan şeyler ... 68
Borçlunun borçtan ibrasının, kefilin de ibrası olması ... 72

YAPILAN ALIŞ-VERİŞE KEFİLLİK ... 73

Bir kimsenin satacağı malın karşılığına kefil olmak ... 73
Kefilliğin genellenmesi ... 75
Satış bedeline kefil olan kişinin satıştan önce kefillikten dönmesi ... 76
Asıl aleyhine getirilen delilin kefili de bağlaması ... 76
Lehine kefil olunan kişilerin bilinmemesi ... 77

BORCUN NAKLİ (HAVALE) ... 78

Havale edilenin iflâsı durumunda, havale edenin sorumluluğu ... 78
Havalenin câiz olduğu borçlar ... 78
Havalenin tanımı ... 78
Havale ve kefillik arasındaki fark ... 78
Kendisine havale yapılan kişi, borcu ödemeden havale yapan ona verirse o paradaki kullanımı ... 79
Bir borcun iki kişiye havale edilmesi ... 80
Borçlunun alacaklısını, kendi alacaklısına havale etmesi ... 80
İki alacaklının bir kişiye havale edilmesi ... 81

KENDİ ADINA ÖDEME YAPMASI İÇİN BİRİSİNE TÂLİMAT VERMEK ... 81

Borç ödemeyi emretmenin borçluluk ikrarı olması ... 82
Havale edenle havale edilenin anlaşamamaları ... 85

KEFİLLİK AKDİNDE SULH 87

Kefilin, kefili olduğu borçlu adına sulh yapması 87
Çok kefilli bir borçta, kefillerden birisinin sulh akdi yapması 88
Kefilin asıl borçlu ile sulh yapması 89
Asıl borçlunun kefille sulh akdi yapması 93
Vadeli bir borca kefil olan birisinin daha sonra müfâvada ortaklığı kurması 96
Müfâvada ortaklarından birisinin, yabancı birine kefil olması 96
İnan veya mudârebe ortaklarından birisinin kefil olması 97

VÂDELİ KEFİLLİK VE HAVÂLE 99

Vadeli bir borca, daha az veya daha uzun bir vade ile kefil olmak 99
Peşin borca vadeli kefillik 100
Ödünç alınan vadeli borca kefil olmak 101
Borçluya borcun vadesini uzatmanın kefil için de uzatma olması 101
Zincirleme kefillikte birinci kefil için vadenin uzatılması 101
Kefilin borcu havale etmesi 102
Borçlunun alacaklısını kendi borçlusuna havale etmesi 104
Havale yapanın, kendisine havale yapılandan önce borcunu ödemesi 104
Babanın veya vasînin küçük çocuğun alacağını havale etmeleri 105
Vekilin havale yapması 105
Kendisine havale yapılan kişinin borcu ödemeden ölmesi 106

BİR BAŞKASINA KEFİL OLMAYI EMRETME 106

Birisine kefil olmasını emreden kişinin sorumluluğu 106
Kefil olması istenilen kişinin dinden çıkması 107
Havale edenle, havale edilenin ihtilâfı 108

HÂKİMİN, DÂVADA KEFİL İSTEMESİ 110

Duruşmada, dâvalıdan kişiye kefil istemek 110
Malî dâvada, iddianın ispatından önce kefil istemek 112
Dâvalıdan hem kefil hem vekil istemek 112
Kişiye kefilliğin süreli olması durumunda sürenin dolması 113
Dâva konusu taşınmaz mallar için kefillik 115
Dâvalının iddiayı ikrar ve inkâr etmemesi durumunda yapılacak işlem 116
Davacının kanıtı olsa bile davalının yemin etmesini istemesi 116
Tanıkların iddia edilen malın kalitesinde ihtilâf etmeleri 116
Tanıkların, malın cinsi konusunda ihtilâf etmeleri 117
Tanıkların iddia edilen borcun miktarında ihtilâf etmeleri 117
Hevâ ehlinin tanıklığı 118
Zincirleme kefillerin birbirleri lehindeki tanıklıkları 120

BORÇ ÖDEMESİ YAPAN BİR KİMSENİN, YAPTIĞI ÖDEMEDE DOĞRULANMASI 121

Farklı nedenlere dayalı borçların ödenmesi 121
Aynı kişinin, iki ayrı kişiden alacağı olduğunun tek senette yazılı olması 122

Birbirine kefil olan üç borçludan birisinin yaptığı ödeme ... 123
Ölüm hastalığı sırasında kefalet ... 125

KEFİLİN, KEFİL OLUNAN BORCUN İÇKİ VEYA FAİZ BEDELİ OLDUĞUNU İDDİA ETMESİ ... 127

Haram yolla elde edilen kazancın havalesi ... 129
Alacağın, emanet maldan alınması için havâle ... 130

BORÇ KARŞILIĞI HAPSETMEK ... 131

Sahabiler döneminde hapishaneler ... 131
Babanın çocuğuna olan borcundan dolayı hapsedilmesi ... 131
Hapsedilen borçlunun borcu için malının satılması ... 132
Hapsedilen borçlunun yoksul olduğunu iddia etmesi durumunda yapılacak işlem ... 133
İcra takibi durumu ... 133
Kefilin hapsedilmesi ... 134
Borcu yüzünden tutuklanan kişinin, başka borcunun ortaya çıkması ... 134
Hakimin borçlunun iflasına karar vermesi ... 134
Hapsedilen borçluya işkence durumu ... 135
Ana babanın, çocuğun nafakası için hapsedilmesi ... 135
Tutukluya, ceza evinde uygulanacak tutum ... 135
Birden çok kişiye borcu olan tutuklunun, borçlardan birisini ödemesi ... 136
Borcu için çocuğun hapsedilmesi ... 137
Müslüman ve zimmînin biribirlerine olan borçlarından dolayı hapsedilmeleri ... 138

KEFİLİN BORÇTAN KURTARILMASI VE ONA BAĞIŞTA BULUNMA ... 138

İbra için kullanılan sözcükler ... 138
Vekilin kefili ibra etmesi ... 139
İbrânın tanımı ... 139
Kefilin ibrayı reddetmesi ... 139
Borçlu olarak öleni ibra etmek ... 140
Alacaklının alacağını borçluya bağışlayıp, borçlunun kabul etmemesi durumunda kefilin durumu ... 141
Kefile yapılan bağıştan sonra asıl borçlunun sorumluluğu ... 141

KEFİLLERDEN BİRİNİN TÜM BORÇLA KENDİSİNİN SORUMLU OLDUĞUNU İKRAR ETMESİ ... 142

Önce borcun tümünün kendisine ait olduğunu söyleyip sonra başkasını borca ortak etmek ... 142
Senedin kanıtlık durumu ... 143

ÖDEME VE İBRÂ OLMADAN BİR BORCUN KEFİLİN SORUMLULUĞUNDAN DÜŞMESİ ... 145

Satış bedeline kefillikte, satışın iptal edilmesi ... 145
Mehre kefillikte, gerdekten önce evliliğin sona ermesi ... 145
Havale edilen veya kefil olunan malın başkası tarafından istihkakı ... 146
Vâdeli borçta, borçlunun ölmesi durumunda kefilin sorumluluğu ... 149

Peşin alacaklının zincirleme kefillerden birisine vâde vermesi ... 150
Alacaklının, asıl borçluya vâde vermesi ... 150
Alacaklının kefillere vâde verdikten sonra asıl borçluya daha çok vâde vermesi ... 151
Borçlunun vâdeyi kabul etmesi ... 151
Alacaklının; alacağını kefillerden birisine bağışlaması ... 151

KEFİLLİKTE YEMİN ... 153

Kefil olmamaya yemin etmek ... 153

CAİZ OLMAYAN ŞEYLERE KEFİLLİK ... 155

Kısas cezalarında kefillik ... 155
Had cezalarında kefillik ... 155
Emanetlerde kefillik ... 155
Rehinde kefillik ... 156
Sanatkârın elindeki mal için kefillik ... 156
Had ve kısas cezalarında kefillik ... 157
Kadının kocası için kazf dâvası açmasında kefil istemek ... 160
Çocuğun, babası aleyhine kazf dâvası açmasında kefillik ... 160
Had cezalarında tanıklığa tanıklık ... 161
Cinayete iştirak eden iki kişinin, üçüncü kişi için de tanıklık etmesi ... 162
Ağır hakaret dâvalarında kişiye kefillik ... 163
Saygın birisi hakkında açılan hakaret dâvası ... 164
Dâvalının kaçması durumunda kişiye kefil olanın durumu ... 164
Tazir cezasının üst sınırı ... 165
Kadının, kendisini dövdüğü iddiasıyla kocasına dâva açması ... 165
Borçlu olarak ölen birinin borcuna kefillik ... 165
Borçlu olarak ölenin cenaze namazı ... 165

BİR HAKİMİN, BAŞKA BİR HAKİME KEFİLLİKLE İLGİLİ YAZI YAZMASI ... 170

HAVALE VE KEFİLLİK AKİDLERİNDE TANIKLIK VE YEMİNLE İLGİLİ HÜKÜMLER ... 173

Kişiye kefilliğe tanıklık edenlerin, kefilliğin yeri veya süresi konusunda ihtilafları ... 173
Tanıkların kefil olunan kişiyi tanımamaları ... 173
Tanıkların, iddia edilen borcun miktarında ihtilafları ... 174
Tanıkların borcun cinsinde ihtilafları ... 175
Tanıkların borcun kaynağında ihtilaf etmeleri ... 175
Kefillik veya havale iddiasının ispat edilememesi ... 180
Dâvalının, dâvacının tanıklarının doğru söylediğine yemin ettirmesi ... 183

DÂVALI TESLİM EDİLMEDİĞİNDE BORCUN ÜSTLENİLMESİ KOŞULUYLA İKİ KİŞİYE KEFİL OLMA ... 183

İki kişinin şahsına kefil olan kişinin, onları mahkemeye getiremezse borçlarını üstlenmesi ... 183
İki kefilden birisinin ölmesi durumunda, diğerinin sorumluluğu ... 184

BELİRLİ BİR MALA KEFİLLİK 185

Gasb edilen bir malın kendisinin telef olması durumunda ödenmesinde izlenecek yol 185
Taşınmaz bir malın mülkiyet iddiasında kefillik 187
Birisinin yanında emanet bırakılan malla ilgili kefillik 188
Ödünç (ariyet) alınan mal için kefillik 189
Emanet alınan malın bir kısmında yapılan haksız fiil 189
Satın alınan malın teslimi için kefillik 189
Satılan malın başkası tarafından istihkakı durumunda kefillik 190
Rehin verilen mala kefillik 190
Vasiyet edilen mal için kefillik 191
Domuz veya içki dâvasında zimminin zimmiye kefilliği 192
Müslümanın domuz veya şaraba kefilliği 192
Yapılacak bir hizmete karşılık kefillik 193
Alacak senetlerinin düzenlenmesi 193

KEFİLLİKLE İLGİLİ DİĞER HÜKÜMLER 194

Birisinin kefil olması koşuluyla kefillik 194
Taksitli borcun vadesinde ödenmemesi durumunda peşine dönüşmesi koşulu 195
Ölüm hastalığında olan birisinin, bir borca kefil olması 196
Bilinmeyen iki alacaklıya kefil olmak 197
Bilinmeyen iki borçluya kefil olmak 197
Biribiri ile bağlantılı olmayan iki kefillikten birisinin diğerine kefil olması 198
Bir kimsenin borcuna, borçlu tarafından rehin verilmesi koşuluyla kefil olmak 199
Kefile kefil olma koşulu 199
Kişiye kefillik için rehin almak 200
Kira ücreti karşılığında rehin 201
Havalede rehin 201
Bir Müslümanın bir gayri müslime kefilliği iddiasında gayri müslimin tanıklığı 201

SULH AKDİ 205

Sulhun dine uygunluğu (meşrûiyeti) 205
Helali haram, haramı helal kılan sulh 206
Kadının, ölen kocasının terekesindeki payına karşılık, diğer mirasçılarla sulh akdi yapması 207
Helal yolla mal biriktirmenin meşruluğu 209
Yoksulluğun fazileti 210
İçinde emanet mal bulunan binanın yanması 211
Hayvanın doğumuna tanıklık 212

TAŞINMAZ MAL ÜZERİNE YAPILAN SULH AKDİ 214

Sulh çeşitleri 214
İnkardan sonra sulh yapmanın hükmü 215
Sulhda sulh bedelinin karşılığı 215
Fuzûlînin sulh akdi yapması 219

Yemin etmemek için mal vermek ... 220
Belirli olmayan hakların bedel karşılığı ibrası ... 221
Sulh akdinin hukukî sonuçları ... 222
Kamuya ait bir hakka karşılık sulh yapmak ... 223
Kamuya ait yola taşan balkon yapmak ... 223
Bir malın yararı üzerine sulh yapmak ... 227
Yararı sulh bedeli yapılan malın telef olması ... 229
Sulh bedelinin kusurlu çıkması durumunda geri verilmesi ... 230
Taraflar dışındaki bir yabancının dâvalı için sulh yapması ... 231
Sulh yapıp kefil olan kişinin borcu ödemeyi reddetmesi ... 232
Mirasçılardan birisinin, miras malda hak iddia edenle sulh yapması ... 235
Mescit yapılan bir evde hak iddia edenle sulh yapmak ... 238
Dâvalının dâvacının iddiasını ikrar ettikten sonra inkar edip sulh yapması ... 238
İrtifak hakkı iddiasına karşılık sulh ... 240
Bir iddiaya, irtifak hakkı karşılığı sulh yapmak ... 240
Sulh bedelinin başka birisine ait olduğunun anlaşılması ... 241
Faize konu olmayan olaylarda sulh ... 243
Çok katlı binalardaki kat maliklerinin arsadaki hakları ... 244
İki kişi arasındaki ortak duvarda yapabilecekleri şeyler ... 245
Çok katlı bir binanın yıkılması durumunda yapılacak işlem ... 248
Bir kimsenin arazisindeki ağaçların dallarının başkasının arazisine geçmesi ... 248
Olgunlaşmamış ekinde sulh ... 249
İddia edilen malın bir bölümünün yararı karşılığında sulh ... 250
Sulh bedelinin, sulh yapılan kişiye kiraya verilmesi ... 250
Sulh bedeli olan paranın, başka bir cins para ile değiştirilmesi ... 252
Sulh bedelinin alınmadan önce satılması ... 253
Sulh bedelinin veya sulh yapılan malın tesliminden önce ayıplı duruma gelmesi ... 253

ŞUF'A HAKKI KONUSUNDA YAPILAN SULH AKDİ ... 255

Şuf'a hakkına karşılık yapılan sulh çeşitleri ... 255

GEÇERSİZ SULH AKDİ ... 257

Sulh bedelinin belli olmaması durumunda sulh ... 258
Sulh bedelinin; ödeme zamanındaki belirsizlik durumunda sulh ... 259
Elde edilecek gelir karşılığında sulh ... 259
Düşük değerli para borcuna yüksek değerli para karşılığı vadeli olarak sulh yapmak ... 260
Değerli para borcuna karşılık değersiz para ile sulh ... 260
İddia edilen bir malın, yararı karşılığında sulh ... 262
Selem akdinde müslem fihin değiştirilmesine yönelik sulh ... 265
İkale ... 266

YARARIN PAYLAŞILMASI (MUHAYEE) ... 268

Muhâyeenin hükmü ... 268
Mühâyeenin diğer akitlerle ilgisi ... 269
Muhayee çeşitleri ... 270
Yere bağlı mühayee ... 270

Mühayee ile alınan yararın kiraya verilmesi 270
Mühâyee ile alınan malın kendisinde kullanım 271
Muhâyeenin câiz olmadığı mallar 272
Zamanla muhayee 273
Zamandaki mühâyeenin başlama sırası 275
Mühayeede, taraflardan birisine düşenin kullanılmaz duruma gelmesi 277
Muhayee ile evi kullananın, eve ek bina yapması 280

BABA, VASİ VE MİRASÇININ YAPTIĞI SULH AKDİ 282

Babanın küçük çocuğu adına sulh yapması 282
Babanın çocuğu lehine iddia ettiği şeye karşılık sulh yapması 282
Vasînin vasiliği (vesâyeti) altındaki çocuk için sulh yapması 283
Anne ve kardeşin atadığı vasînin sulh yapması 284
Mirasçılardan birisinin, kendisine vasiyet edilen kişi ile sulh akdi yapması 288
Mirastaki mûsâ lehin hakkı ile sulh bedelinin para olması 288
Mûsâ lehin, mirasçılardan birisinin payını almak üzere sulh yapması 290

KARMA İNDEKS 293

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

KİŞİYE KEFİLLİK[1] VE DÂVAYA VEKİL OLMA

[20/2]

Koşula bağlı veya zamana dayalı kefillik

Bir kimse bir başkasına karşı dâva açar ve dâvalıdan kendisini mahkemeye hazır etmek için kefil alır ve aleyhine verilecek hükmün gereğini yerine getirme garantisi vererek dâva vekili alırsa bu, geçerlidir.

Çünkü hak sahibinin amacı, hakkını güvence altına almaktır. Güven de tam anlamıyla, böyle bir kişiye kefillik ve vekillikle gerçekleşir. Kendisine kefil olunan kişi, olabilir ki kefili getiremez; kendisi de saklanabilir. Alacaklı da hakkını ispat imkânını elde edemediği gibi, kefili hapis ettirme imkânı da bulamaz. Eğer dâvalının dâva vekili bulunursa, hakkını delille ispat imkânına kavuşacaktır.

Hakkını ispat ettikten sonra hakkı olan malı, vekilden isteyemez. Çünkü vekil de asılı bulamayabilir. Sabit olan hakkına, bu kişinin kefil olmasıyla ulaşabilir.

Buradan da anlıyoruz ki, tam güvence, bu şekilde mümkündür. Bu yüzden Hanefîler olarak bu kefilliğin geçerli olduğu görüşündeyiz.

Şafiî (rh.a.)'ye göre ise, böyle bir kefillik geçerli değildir.

Hanefîlerce bu konunun esası şudur: Kesin meydana çıkma (sübut) nedenine dayandırılarak bir mala kefil olmak geçerlidir. Mesela birisine; "senin falandan sabit olan alacağına kefilim" veya "falana sattığın mala kefilim," demesi, buna bir örnektir.

Şafiî (rh.a.)'ye göre ise sübut nedenine dayandırılan kefillik geçerli değildir; çünkü bu akitle mal üstlenilmektedir. Alım–satım akdindeki mal üstlenmede olduğu gibi, burada da, akdin sorumluluğun ortaya çıkma (sübut) nedenine dayandırılma imkânı yoktur. Ayrıca yapılan akdi bir vakte dayandırmak, koşula bağlama anlamı taşır. Kefillik yoluyla mal üstlenme ise koşula bağlanamaz. Meselâ, kefilliğin bir eve girmeye veya Zeyd ile konuşma koşuluna bağlanması geçersizdir. Bir zamana dayandırıldığında da hüküm yine böyledir.

Bu konuyu şu şekilde açıklamak mümkündür. Size göre bir kefillik, asıl borçlunun ölümüne dayandırıldığında geçerli, başka birisinin ölümüne dayandırıldığında ise geçersizdir. Halbuki her iki ölüm arasında fark yoktur. Çünkü bu durumların her ikisi de, kefillik anında bulunmayan şeylerdir. Ayrıca, kefil olunan kişinin; "Onu ben kimseden satın almadım," demesi durumunda olduğu

---

[1] **Kişiye kefillik:** Bir kimsenin şahsını mahkemeye veya belirli başka bir yere getirip teslim etmeyi üstlenmektir. Buna "kefâlet bin nefs", "kefâlet bil vech" veya "kefâlet-i nefsiyye" denir.

gibi, bilinmeyişi, kefilliğin bu nitelikle geçerli oluşuna engeldir. Bunun gibi, kefil olunan şeyin bilinmeyişi de kefilliğin geçerliliğine öncelikle engeldir. Çünkü akitle üstlenilen, sonuçta kefil olunan şeydir.

Biz Hanefîlerin bu konudaki delilimiz şu âyettir:

﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾

"Kralın kabını kim getirirse, kendisine bir deve yükü mükâfat verilecektir. Ben buna kefilim." (Yusuf 12/72)

Duyuruyu yapan bu kişi, kefillik yükümlülüğünü, malın sabit oluş nedenine dayandırmıştır. O neden de, krala ait kabın getirilişidir. Bu duyuru da Yusuf (a.s.)'un emriyle yapılmıştır. Allahu Teâlâ, bizden önce geçmiş ümmetlerin şeriatına (hukuk sistemine) ait bir hükmü bizlere haber verdiğinde, bu hükmün kaldırıldığına dair delil getirilmediği sürece o hüküm, İslâm hukukunda da geçerlidir. Ancak Şafiî (rh.a.) burada, kralın kabını getirene bir çeşit ücret verileceği görüşündedir. Ona göre, kölesi kaçan bir kimse, bir topluluğa hitâb ederek; "içinizden kim kölemi bana getirirse, ona on dirhem vereceğim," derse onun bu vaadi geçerlidir.

Biz Hanefîler ise, şöyle diyoruz: Bizim delilimiz; وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ *".. ben ona kefilim "* diyerek duyuru yapan kişinin, bu duyuruyla kefil olduğunu ilânıdır. Bu borcun hangi yolla verilmesi gerektiğinin bilinmesine ise ihtiyaç yoktur. Verilecek ücret, istenilen işi kim gerçekleştirmişse, ona verilir. Kefilin mal üstlenmesi ise, o kişinin kefilliği nedeniyledir. **[20/3]**

Ancak Şafiî (rh.a.)'ye göre bu, gerçek bir kefillik değildir. Çünkü lehine kefil olunan kişi, bilinmemektedir. Kefil olunan kişinin bilinmemesi, kefilliğin geçerliliğine engeldir.

Bu konudaki söz, hukûkî anlamdaki sözlerdir. Kefillik yoluyla mal üstlenmek, ikrar yoluyla mal üstlenmeye benzer. Çünkü bu, lehine üstlenmede bulunulan kişiye, zorlama olmadan gerçekleşen üstlenmedir. İkrar olunan şeyin bilinmemesi, ikrarın geçerliliğine nasıl engel değilse, kefillik yoluyla üstlenilen şeyin tam anlamıyla bilinmemesi de kefilliğin geçerliliğine engel değildir.

Esasen kefillik akdinin meşru oluşu, insanların ihtiyacına dayanır. Kefilliğin, borcun oluş nedenine dayandırılarak güvenceye ihtiyaç vardır. İslâm Hukukçuları bunun için Derek Kefilliğinin[2] meşru olduğu kanısındadırlar. Derek kefilliği de, istihkak yoluyla sabit olma nedenine dayandırılır. Böylece açığa çıkıyor ki, bu çeşit bir bilinmezlik, tarafları anlaşmazlığa sürüklemeyeceği için kefilliğin geçerliliğine engel değildir. Risk bulunduğu için kefilliğin geçerliliğine engel olmak, doğru

---

[2] **Damânu'd- derek / ضمان الدرك**: Satıcının, sattığı malın başkasına ait olduğunun ortaya çıkması (istihkak) ya da kusurlu bulunması halinde müşterinin zararını ödemeyi üstlenmesidir. Buna "damânü'l-uhde", "damânü'l-istihkak" da denir.

değildir. Çünkü risk, her kefillikte vardır. Alacaklının alacağını, kefilden mi yoksa asıldan mı isteyeceği de bilinemez.

Kefilliği borçlunun ölümüne dayandırma ile başka birinin ölümüne dayandırma arasındaki farka gelince; asıl borçlunun ölümü, mirasçı olması suretiyle istemin ona yönelmesine neden olabilir. Bu yüzden kefilliğin onun ölümüne dayandırılması geçerlidir. Zeyd'le konuşmaya ve belli bir eve girilme koşuluna bağlanması da bunun gibidir. Bunların kendisi, hiçbir durumda mal ödenmesini gerektiren bir neden değildir. Bütünüyle koşula bağlılığı ifade eder. Dolayısıyla da borç üstlenme sayılamaz.

Burada ise yükümlülük üstlenme, alış-veriş ve hak sübutu gibi, borcun sabit olduğu bir nedene dayandırılmıştır. Dolayısıyla geçerli bir üstlenmedir. Eğer sorumluluğunu yerine getirir ve alacaklıya verirse, malın üstlenildiği şekilde, yerine getirdiği için sorumluluktan kurtulur. Eğer malı alacaklıya vermezse, alacaklı ondan kefillik sorumluluğunu yerine getirmesini isteyebilir; kefil olunan mal konusunda ona dâva açıp onunla dâvalaşır. Kefil olan kişi, hakim kararıyla sabit olan alacak konusunda ona güvence vermiş; onun lehine sabit olan bir hakkı üstlenmiştir. Sabit olma, borcu ödeme gerekliliğinin gerçekleşmesidir.

Eğer; "yarın borçluyu sana getiremezsem, alacak dâvasında borçluya vekil, onun aleyhine sabit olacak para için de kefilim," der, borçlu da buna rıza gösterirse, bu vekillik ve kefillik geçerlidir. Borçlunun rızası, kefil olunan kişinin mahkemede hazır edilmesi ve mal konusundaki kefilliği için değil, dâvada vekilliği için koşuldur. Çünkü dâva vekili olan bir kimse, vekili olduğu kişinin yerini alır. Böyle bir durumda da vekil eden zarar görebilir. Dolayısıyla vekil edenin rızası olmadan, vekil kendi başına dâvada taraf olamaz. Kefillik ise, alacaklı lehine bir üstlenmedir. Kendisine kefil olunan kişi, bu yükümlülük nedeniyle herhangi bir zarar görmez. Dolayısıyla kefilliğe rıza gösterip-göstermemesi dikkate alınmaz.

Eğer; "ne zaman beni çağırdığında onu sana getiremezsem, ona karşı dâvada vekil, aleyhine sabit olan borca da kefil olurum," derse hüküm yine böyledir. Çünkü "ne zaman" kelimesi vakit bildirir. Anlamı; "benden istediğin zamanda onu hazır edemezsem," demektir. Her ne kadar buradaki zaman bilinmiyorsa da bu bilinememezlik tartışmaya yol açmaz.

Eğer, ertesi gün getiremezse vekil olacağını, -başka birisini kastederek- falanın da dâva vekili olacağını, eğer aleyhe hüküm verilirse ona kefil olacağını söyler, borçlu da buna rıza gösterirse, kefillik ve vekillik geçerlidir. Vekil ile mala kefil olan kişinin, kişiyi hazır etmeye kefil olması ile başka birinin kefil olması arasında - bu kefillik kabul edildiği takdirde - herhangi bir fark yoktur. Daha önce açıklandığı gibi; kişi bunların hepsini kendisine dayandırsa, bu akitler geçerli sayılır. Her bir akit, belli bir kişiye dayandırıldığında, o kişiler bunu kabul eder, kefil olunan kişi de rıza gösterirse akitler geçerli sayılır. **[20/4]**

Şayet vekilliği öne alarak; "seninle aramızda olan dâvada bu kişi benim vekilimdir; lehine sabit olacak mala" veya "lehine hüküm verilen borcuma" ya da "sana yapacağım ödemeye" veya "borçlarım konusunda da kefilimdir. Sana ödemem için yarın bana getirirse, kefillik yükümlülüğünden kurtulur," gibi sözler söylese, bu tür kefillik geçerlidir. Kefillik yoluyla mal üstlenmeyi, her ne kadar vekillikten sonraya bırakmışsa da, bu şekildeki bir ifade, kefilliğin yine vekillikten önce olduğu anlamını taşır. Kefilliği önce anması, geçerlilik için daha uygundur.

Bütün bunlar bir tek hak için verilen güvencelerdir. Hukuken geçerli sayılabilmesi için, vekillik veya kefilliğin öne veya sona alınarak belirlenmesi arasında bir fark yoktur. Çünkü her iki durumda da, güdülen amaçta bir fark yoktur.

İleriki bir tarihte kendisini hazır etmek için birisini kefil gösterse, kişiyi hazır edemediğinde aralarında dâva vekili olacağını ve sabit olan mal konusunda da kefil olacağını söylese, -borçlu kişi de bunu tanıklandırmasa- kişiyi hazır etme ve mal kefilliği geçerli, vekillik ve onunla birlikteki kefillik ise geçersizdir. Çünkü böyle bir kişi, vekil ve kefil olduğu kimsenin yerini alır. Bir kimse, dâvaya taraf olmakta rızası olmadan başkasının yerine kendisini vekil belirleme yetkisine sahip değildir. Şayet asıl, vekilliğe razı değilse, vekillik geçersizdir. Vekilliğin geçersizliği, mala ve kişiye kefilliği geçersiz duruma getirmez. Çünkü onların geçerliliği, vekilliğin geçerli oluşuna bağlı değildir. Dolayısıyla hem kişiyi hazır etmeye, hem de mal üstlenmeye yönelik kefillik geçerlidir.

Eğer vekilliği hiç anmaz, kişiyi hazır etmeye kefil olur; ertesi gün kişiyi hazır edemezse onun yerine dâva vekili olacağını söyler, asıl borçlu da buna rıza gösterir, ertesi gün de kefil olduğu bu kişiyi hazır edemezse, kendisi dâva vekili olur. Çünkü vekillik, mutlaktır, (geneldir) sınırları çizilmemiştir. Kişiyi hazır edememe gibi bir riske, bir koşula bağlanması mümkündür. Şayet vekil olduğu kişi aleyhine hüküm verilirse, kendisini hazır etmeye kefil olan kişi, herhangi bir ödeme yapmak zorunda değildir. Çünkü o, kişiye kefil olmakla herhangi mal ödemeyi üstlenmemiştir. Dâvalıyı hazır etmeye kefil olan kişi, mal ödemesiyle (mala kefillikle) yükümlü tutulmaz. Bu durumda lehine kefil olunan kişi (alacaklı, dâvacı), kişiyi hazır etmeye kefil olan kişiden onu hazır etmesini isteme hakkına sahiptir. Çünkü o kişiyi getirip teslim etmeyi üstlenmiştir. Kişiyi teslim etmediği sürece, o kişinin aleyhine sabit olacak borç yükümlülüğünden onu kurtaramaz. Borcun o gelmeyen kişi aleyhine sabit olması, onun hazır edilmesi ihtiyacını ortadan kaldırmaz. Aksine, bu hakkın ondan alınması için borçlunun hazır olmasına daha fazla ihtiyaç duyulur. Dolayısıyla, kefilden onu hazır etmesi istenir.

Şayet kefil, alacaklıya hakkını öderse, başkalarına bağış yapmış gibi, bir çeşit bağışta bulunmuş olur. Çünkü o, borcu ve borcu ödemeyi üstlenmemiştir. Bu ödeme, onu, kişiyi hazır etme kefilliğinden kurtarmaz. Çünkü alacaklı ile, borçlu

arasında başka bir dâva olabilir. Onun için kefil, ödediği mal konusunda bağışta bulunmuş bir kişi konumundadır. Alacaklı, dilerse onun bu bağışını kabul eder; dilerse, kabul etmeyip ondan, üstlendiği şekilde kişinin hazır edilmesini ister.

Şayet mala kefil olmuşsa, bu durumda alacaklı onun verdiğini teslim almaya zorlanır. Bir başka ifadeyle; malı getirip alacaklının önüne koyarsa, alacaklı bu malı teslim almış sayılır. Çünkü kefil, bu şekildeki bir ödemeyle kendi zimmetini ve kefil olduğu kişiyi borçtan kurtarır. Önceki durumda ise, bağışta bulunan bir kişi konumundadır. Yaptığı ödemeyle zimmetini yükümlülükten kurtaramaz.

Şayet kişiyi hazır bulundurmaya kefil olan kişi, kendisini sorumluluktan kurtarma koşuluyla mal ödemesinde bulunursa, bu geçerlidir. Çünkü mal ödemesinde bağışta bulunmuş bir kişi durumundadır. Alacaklı, onun bu bağışını kabul etmiş, ardından da kişiyi hazır etme kefilliğinden kurtararak sorumluluktan kurtarmıştır. Bu da onun hakkıdır.

Kişiyi hazır etmeye kefil olan kişi, bu sorumluluktan kurtulmak koşuluyla borcun bir kısmını ödediğinde, hüküm yine böyledir. Çünkü alacaklı kişi, ondan teslim aldığı mala, kişiyi hazır bulundurma kefilliğinden kurtulma karşılığında değil, borçlu olan kişideki asıl alacağı karşılığında sahip olur. Nitekim başka bir kimse tarafından bağışta bulunulduğunda da durum yine böyledir. [20/5]

Sonra alacaklı, hak isteminde bulunduğu kişinin kendisine kefilliği karşılıksız olarak düşürmüştür. Onun böyle bir güvenceyi düşürmede bulunması geçerlidir.

Ancak, kişiye kefil olan kişiyi, koşul koyduğu bir mal karşılığında aklarsa (ibra ederse), kefil bu malı ödemek zorunda değildir. Şayet ödeme yaparsa, bu malı geri alabilir. Çünkü kişiye kefillik bir mal değildir. Herhangi bir şekilde de mala dönüşmez. Bu, yalnızca bir haktır. Kişinin mülkü olarak nitelendirilemez. Bu çeşit niteliklerin karşılığında bedel alınması doğru değildir.

Karşılık alarak köle özgür kılma veya bedelli boşama durumu bundan farklıdır. Bunlar, mülkiyet karşılığı bedel olmalıdır. Bilindiği gibi; nikah akdiyle elde edilen nikah mülkiyeti, ancak mal karşılığı sabit olur. Dolayısıyla, mülkiyetin sona erdirilmesinin de mal karşılığı olması geçerlidir.

Kişiye kefillik hakkı, bundan farklıdır. Böyle bir kefillik akdi, baştan yapıldığında hiçbir zaman mal karşılığı yapılmaz. Öyle ki bir kimse, başkası lehine belli bir kimsenin kendisini hazır etmek üzere kefil olma karşılığında ücret alacak olsa, bu geçerli değildir. Dolayısıyla bu şekildeki bir kefaletten, aklama karşılığı mal üstlenilmesi de doğru değildir. Eğer bu şekilde aklama yapılmışsa, kefil olan kişinin kefillikten kurtulup-kurtulamayacağı konusunda iki rivayet vardır. Ön alım (şuf'a) hakkı ile ilgili bölümde aklamanın geçerli olacağına işaret edilmiştir. Bu hak, şuf'a hakkına kıyas edilmiştir. Şuf'a hakkı sahibi de şuf'a hakkını kullanmaktan mal karşılığı vazgeçerse, onun hak teslimi geçerlidir. Ancak, koşul koyulan malın ödenmesi zorunlu değildir.

Bunun hukukî açıklaması şöyledir; böyle bir haktan vazgeçiş, sadece bir hakkın düşürülmesidir. Karşılığında bedel koşulunun koşulması geçersizdir. Ancak hak düşürülmesi, geçersiz bir koşuldan dolayı geçersiz duruma gelmez. Çünkü hak düşürülmesi işleminin geçerli olan bir koşula bağlanma zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla geçersiz bir koşul, onu öncelikle iptal edemez.

Muhammed (rh.a.) bir başka yerde de şöyle der: Kişi böyle bir bedelle, -şuf'a hakkından farklı olarak- kişiye kefillikten kurtulamaz. Çünkü kişiye kefillik, güçlü bir haktır. Sabit olduktan sonra ancak tam bir düşürmeyle ortadan kalkar. Tam bir düşürme de, ancak tam bir rıza ile mümkündür. Bunun için de şuf'ada olduğu gibi burada susmakla hak düşmez. Bir kişinin hakkının düşmesine rızası ancak malın kendisine verileceğinin kesinleşmesiyle tamamlanır. Malın kendisine verileceği kesinleşmedikçe, hakkının düşmesine razı olmuş sayılamaz. Şuf'a hakkının düşmesi ise, ne düşürmeye ne de tam bir rızaya dayanır. Görmez misin hak sahibinin, üzerinde şuf'a hakkı olan bir şeyin satışını haber aldıktan sonra susması bu konudaki hakkını düşürür.

Bu görüşün delili şöyledir: Şuf'anın var olması, akit nedeniyle değildir. Böyle bir hak, kişiye uğrayacağı zararı engellemek için verilmiş bir haktır. Söz konusu zarar kötü komşuluktur. Mal karşılığı şuf'a hakkından vazgeçmekle, bu zarara rıza göstermiş sayılır. Kişiye kefillikle, zanlıyı teslim etme gerekliliği akdi kabul ettiği içindir. Dolayısıyla, bu hakkı mutlaka düşürmesi gerekir. Şayet yararına kefil olunan kişi, bu hakkını bir mal karşılığı düşürürse, hakkını mala dönüştürmüştür. Bu şekilde bir hak dönüştürülmesiyle esasen hak, düşmüş olmaz. Böyle bir hak dönüşmesi de geçerli değildir. Dolayısıyla kişiye kefillik olduğu gibi kalır.

Şayet borçlu kişiye başvurma koşuluyla alacaklıya ödeme yapar, o da bu koşulla ondan alacağını teslim alırsa, böyle bir işlem geçerli değildir. Çünkü bu, borçlu olmayan bir kimseye, bedel karşılığı borç satma anlamı taşır. Borcu olmayan bir kimsenin, borç takasında bulunması doğru değildir. Önceki mesele, bundan farklıdır. Çünkü o, borçludan malın düşürülmesidir; borcunu bedel karşılığı ödeyerek bağışta bulunan bir kimsenin vermiş olduğu bir mülkiyet, değildir. Burada ise, mülkiyet verdiğine dair açık ifade kullanmış, borçluya başvurma koşulu koymuştur.

Mala kefilliğin durumu da bundan farklıdır. Bu durumda kefil, malı üstlenen ve bağışta bulunan bir kişi konumundadır. Çünkü kefillik akdiyle, iki yoldan birine göre zimmetinde mal sabit olmuştur. Diğer yola göre ise, borcu ödediğinde ödediğini almak için asıl borçluya başvurur.

Bu yüzden, mâlî kefillikle ile ilgili konuda kişi, malı kefile bağışlayacak olsa, bağışlayan kişi bu parayı almak için yine asıla başvurma hakkına sahiptir. Eğer
[20/6] kişiye kefillikte alacaklı, kefil olan kimseye mal bağışlamışsa o kefil, ancak teslim alma yetkisi verilmişse bu malı teslim alabilir. Teslim alma yetkisi kendisine

verildiğinde, istihsan metoduna göre, o malı teslim almak için, kendisine yetki veren kişinin vekilidir. Onun yerini alır.

Buna göre lehine kefil olunan kişi, kefili kefillikten kurtarırsa (ibra ederse), kefil yine de ödediği parayı almak için asıla başvurabilir. Çünkü ondan aldığı parayı, geçersiz bir temlik (mülkiyeti devir) hükmüne dayanarak almıştır. Hak isteminde bulunan kişi, iki rivayetten daha doğru olanına göre, kefil olduğu kişiyi hazır etmesi için yine kefile başvurma hakkına sahiptir.

Kişiye kefillik ve dâvaya vekilliğin vâdeye bağlanması

Bir kişi, belirtilen ileriki bir zamanda, birisini hazır etmeye kefil olsa ve anılan zamanda onu hazır edemediğinde, aleyhine sabit olacak mala kefil, görülen dâvadada ona vekil olsa; alacaklı, bu süre dolmadan önce ondan kefil olduğu kişiyi hazır etmesini isteyemeyeceği gibi, süre dolmadan önce onun aleyhine dâva açamaz. Çünkü sözleşmede belli bir sürenin koşul konulması, kefile genişlik verilmesi, kolaylık sağlanması içindir. Süre dolmadıkça zorlanma yapılamaz. Tanınan genişlik imkânı daraltılamaz. Bu durum, kefil olunan borçlunun, borcu konusunda süre istemesine benzer. Dâva vekilliği ve mala kefillik, borçlu olan kişinin hazır edilişinin gerçekleşmeyişi yüzündendir. Bu da, ancak süre dolduktan sonra olabilir. Bu nedenledir ki, süre dolmadan önce kefilden herhangi bir şey istenemez.

Bu esasa göre kişiye kefillik vekillikten başka bir şeydir. Oysa hukûkî anlamı itibarıyla hepsini içine alır. Bir kimse, birisini mahkemede hazır bulundurma konusunda kefil olsa ve kefil olduğu kişiye dâvada bir vekil tutsa ve, aleyhe sabit olacak borca kefil gösterse; sonra da o kefil-vekil kişi geride mal bırakarak vefat etse, dâvacı, onun mirasçıları ile dâvacı/dâvalı olamaz. Ancak kendisine kefil gösterdiği kişi ile dâvacı/dâvalı olabilir. Çünkü burada vekillik, ölümle sona ermiştir. Onu vekil eden kişi, vekillik konusunda onun görüşüne, zekâsına rıza göstermiştir. Mirasçıların zekâ ve görüşü, bu konuda onunkinin yerini tutamaz. Mala kefillikte ise, kefilin ölümünden sonra da kefillik devam eder. Ancak, dâvalı aleyhine borç sabit olmadığı sürece, tazminat olarak herhangi bir mal ödemek zorunda değildir. Borcun sabit oluşu, ancak dâvacının dâva açıp yargıya gitmesi, hakkını dâvalı aleyhine delille ispat etmesiyle mümkündür. Bunun için, alacaklı, kefil olunan kişiyle dâvacı/dâvalı olur. Kendi aleyhine ve onun lehine karar verilince, o da kefilin diğer alacaklılarıyla birlikte malından pay alır. Çünkü hak ispatlanmak suretiyle gerçekleşmiştir.

Kefillik yoluyla borç yükümlülüğü nedenin aslına dayanır. Çünkü ödeme gereğinin bizzat kendisi, yalnızca ona bağlıdır. Nedenin aslı, o kişi hayatta iken meydana gelmiştir. Bu hukukî anlam nedeniyle gerekli borç, sağlık anındaki borçlar cümlesinden sayılır. Sağlıklı iken borçlandığı alacaklılarıyla birlikte, ona da pay ayrılır.

Kefil olunan kişi öldüğünde de hüküm böyledir. Alacaklı, onun mirasçısı veya vasîsiyle yargıda hesaplaşır. Eğer lehine hüküm verilirse, içlerinden dilediğinin mirasını kovuşturur. Alacağını ondan alır. Çünkü hak gerçekleşmiştir. Onun mirasında malın tamamından hesap edilerek diğerinin mirasında da kalan kısmından hesap edilerek pay sahibidir. Çünkü birincinin alacaklılarıyla beraber pay sahibi yapılıp kendisine pay ayrıldığında, henüz hakkının bir bölümü kendisine ulaşmıştır. Diğerinin payında onun alacaklılarıyla birlikte, ancak kalan hakkı oranında pay sahibi olabilir. Şüphesiz doğruları Allah daha iyi bilir.

Eğer bu iki kişiden birinin, bundan başka borçları yoksa çözüm, açıktır. Eğer mirasçılardan her birinin başka borçları da varsa, alacaklı, içlerinden hangisini seçiyorsa önce, bütün alacağı oranında onun alacaklılarıyla paylaşmaya katılır.

Muhammed (rh.a.)'in *el- Asl* isimli kitabında konu, kapalı bir şekilde anılmış ve şöyle denmiştir: Eğer kendisine, kefilin alacaklılarıyla birlikte pay ayrılmasını seçmişlerse; kefilin mirasçıları, kefil olunan kişinin malına başvururlar. Onun alacaklılarına ortak olarak onlarla birlikte pay alırlar. Çünkü kefilin kefilliği, onun isteğiyle olmuştur. Ölümünden sonra terekesinden alınan mal, hayatta iken kendi ödediği mal gibidir. Dolayısıyla mirasçılar, bu malı almak için kefil olunan kişinin terekesine başvururlar.

Şayet kendisine kefil olunan kişinin alacaklılarıyla birlikte, kefillik verilen kişi, onun malından kendilerine pay ayrılmasını seçmişlerse; kefil olunan kişinin mirasçıları, kefilin terekesinden herhangi bir şey almak için başvuramazlar. Çünkü alacaklının asıl hakkı, miras bırakanın üzerinedir. Alacaklı, kalan hakkı için onlara başvuruda bulunabilir. Bu hakkını alabilmek için, kefilin terekesinde onun alacaklılarına alacağı oranında ortak olur. Çünkü kefil, ancak kefil olduğu kişinin terekesinden alacaklıya ödediği miktar kadar sorumluluktan kurtulmuştur. [20/7]

el-Asl'da meselenin hükmü böyle verilmiş ve konu bu şekilde kesinleştirilmiştir. Bu hüküm, meselenin sunuluş biçimi göz önünde tutulduğunda kapalı, açıklama konusunda da eksiktir. Böyle olunca da, meselenin açıklaması, yukarıda belirtildiği gibi tamamlanmamış sayılır. *el-Asl*'da hesapla ilgili ve benzeri konularda, bu meseleden daha karışık ve kapalı bir konu yoktur. Yapılması gereken, meseleyi bütünüyle şekillendirmek ve anlaşılamayan noktalara açıklık kazandırmaktır.

Alacaklının alacağı on dirhem olsa, kefil de tereke olarak geride on dirhem bıraksa, ölenin bir başkasına da on dirhem borcu bulunsa; aynı şekilde kefil olunan kişinin de terekesi on dirhem, başkasına borcu da on dirhem olsa; önceden açıklandığı gibi alacaklı muhayyerdir.

Eğer lehine kefil olunan kişi hak alımına, kefilin terekesiyle başlarsa, onun terekesinde olan on dirhem; bu kişinin on dirhem alacağıyla, kefilin alacaklısının on dirhem alacağına oranlanarak terekeden paylaşım yapılır. Dolayısıyla, tereke

ikisi arasında yarı yarıya paylaştırılır. Böylece, kefil olunan kişiye alacağının beş dirhemi ulaşmış olur. Daha sonra, kendisine kefil olunan kişinin terekesine gelir. Geriye kalan beş dirhem alacağı için de onun alacaklılarına ortak olur. Kefilin mirasçıları da, lehine kefil olunan kişiye ödedikleri beş dirhem için borçlunun terekesine ortak olurlar. Sonuçta, kefil olunan kişinin alacaklısına, terekesinden beş dirhem verilir. Lehine kefil olunan kişiye iki buçuk, kefilin mirasçılarına da iki buçuk dirhem verilir.

Ancak alınan bu para, böyle bir durumda bütünüyle kefilin mirasçılarının olamaz. Çünkü bu para, kefilin terekesinden sayılır. Kefilin alacaklısının kefilde beş dirhem, kefil olduğu kişinin alacaklısının da iki buçuk dirhem alacağı kalmıştır. Dolayısıyla kefilin terekesi olarak ortaya çıkan bu parayı, hakları oranında aralarında üçlü payda sistemine göre paylaşırlar. Üçte birini, lehine kefil olunan kişi alır. Kefilin mirasçıları da, yeniden verdikleri bu para için tekrar kefil oldukları kişinin terekesine başvururlar.

Bu durum, birinci paylaşımın geçersiz bir paylaşım olduğunu gösterir.

Ortaya çıkan yeni terekede de baştan bir paylaşım yapılsa, yine kefil olunan kişi, hakkını almak için; kefilin mirasçıları da kefil olunan kişinin terekesinden ödediklerini almak için başvuracaklardır. Paylaşım da yeniden bozulacaktır. Bu kısır döngü, sonsuza kadar böyle devam edip gidecektir.

Eğer alacaklı kefil olunan kişinin terekesine başvuru ile işe başlarsa, bu defa onun alacaklısının on dirhem alacağı göz önünde tutularak onunla paylaşım yapılır ve tereke yarı yarıya paylaştırılır. Geriye kalan beş dirhem alacağı için kefilin terekesine başvurur. Kefilin alacaklısıyla birlikte onun terekesi olan on dirhemi üçlü paydaya göre paylaşırlar. Böyle bir durumda, kefilin mirasçılarının, asıl alacaklıya üç nokta üç (3.3) pay daha ödedikleri ortaya çıkar. Ödedikleri bu parayı almak için de, kendisine kefil olunan kişinin terekesine başvururlar. Bu da, bir önceki paylaşımın geçersiz olduğunu ortaya çıkarır. İkinci ve üçüncü paylaşımlar yapılsa da, lehine kefil olunan (güvence verilen) kişi, her elde edilen haktan kendi payını alacak, kefilin mirasçıları da bunu almak için kendisine kefil olunan kişinin terekesine başvuracaklardır. Ve bu durum, böylece sonsuza kadar devam edip gidecektir. Bu, meselenin karışık ve zor olan noktalarının bir açıklanmasıdır.

Ebû Bekir el-Kummî (rh.a.), âlimlerimizin (rh.a.) hesaplar konusunda kendisine itibar ettiği kimselerdendir. O; "bu mesele cebir ilminin inceliklerinden (müftereyâtından), sonuç veremediği konulardandır," der.

Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (rh.a.), cebir ilminin müfredatını (ana esaslarını) bilen bir ilim adamıydı. Cebir ilminin net sonuç veremediği konuları / incelikleri bilmezdi. Bu yüzden de, meselenin detayına inip sonuç vermeyen bu konuyu açıklamaya çalışmakla uğraşmamıştır. Onun sözünün anlamı şudur: Bu ihtiyaç; kefilin mirasçıları tarafından, kefil olunan kişinin terekesine

başvurabilecekleri miktarın bilinmesine dayanır. Bu miktar bilinirse, lehine kefil olunan kişi, kendisine kefil olunan kişinin terekesinden alması gereken malı bilir. Diğer alacaklılara, alacağı oranında mal almak için ortak olur. Cebir ilminin ölçü ve prensipleri de, bu rakama net olarak götürememektedir.

[20/8]

Ebû'l-Hasan el-Ehvazî (rh.a.), Hanefî âlimlerinin (rh.a.), hesap alanındaki uzmanlarındandır. O der ki; "Bu meselenin sonu, çıkmaz köke (cezru'l esam), kısır döngüye dayandığı için, sonuç alınamaz."

El-Cezru'l-esam

Ayşe (r.a.); "sonucunu kendisinden başka kimse bilemeyen Rabbimi tesbih ederim," derdi. İlim ehli arasında şöyle denir: "cezru'l esam, kapalı bir kapıdır. Anahtarı da kayıptır. Hiçbir kul, gerçek anlamda onu bilemez." Ebû'l-Hasan el-Ehvazî (rh.a.), bir makalesinde, bu türden sonucu çıkmayan bir meseleyi delil göstermiş, incelemiş ve belli bir sonuca varmıştır.

Matematikte uzman olan Kâdî Ebû Âsım el-Cenûbî (rh.a.)'ye devrinde böyle bir soru sorulmuş, kendisinden meselenin sonucu istenmişti. O, epey gayret sarfetti; uzunca bir süre işlemden ve gayretten sonra net değilse de, yaklaşık bir sonuç elde etti. Kısaca; âlimlerimizden (rh.a.) kim bu konuda meselenin üzerine düşmüş, net bir sonuca ulaşmak için meseleyi zorlamışsa, kesin rakamlarla sonuca ulaşması esasen mümkün olmamıştır.

Bu konuda nakledilenler, kayda geçmiş olarak bendeki eserlerde vardır. Ancak kitaplarımdan hiçbiri yanımda yok. Şu anda, bu nakillerden aklıma da gelen de yok. Eğer bir gün kitaplarıma kavuşmak nasip olur veya örnekler aklıma gelirse, ne zaman olursa olsun, onu imkân derecesinde –inşallah- sizlere aktaracağım[3]. Konuyu olduğu gibi, kitabın sonunda yeniden ele alırız.

Bu görüş farklılıklarından kurtulmak isteyen Hanefî âlimlerinden bir kısmı (rh.a.) da, şöyle der: Lehine kefil olunan alacaklı, kefil ile kendisine kefil olunan asıl borçludan herhangi birinin terekesine başvurmayı seçer, kalan alacağı için de diğer terekeden pay alırsa, kefilin mirasçılarına kendisine kefil olunanın mirasından düşen paydan da almak için onlara başvuramaz. Çünkü alacaklının almış olduğu paranın bedelidir. Bedel ile kendisine bedel olunan şey (mübeddel), aynı kişinin mülkiyeti altında birleşemez. Bu para, üzerinde başka bir hak olmaksızın bütünüyle kefilin alacaklısınındır.

Ancak bu görüş, hukûkî anlam açısından olması gereken anlamdan uzak bir ifadedir. Çünkü aldıkları, kefilin malıdır. Nasıl bu alacaklılarından sadece birinin olabilir; diğerine ise neden hiçbir şey verilmez?

---

[3] Bu satırlar, Serahsî'nin (rh.a.) kuyu hapsini, kendi lisanıyla yeniden tarihe kaydediyor. Zaman zaman İbâdetler, Nikah, Siyer... gibi bölüm bitişlerinde de bunu ifade eden cümleler yer almaktadır. Bir yandan bunları buruklukla okurken; diğer yandan, bu aziz insanın ilmine, zekâ ve hafıza gücüne hayran oluyoruz.

Dâva vekilliğinde dâvanın belli olmaması

Bir kimse, birisini, ay sonu hazır etmeye kefil olsa; onu hazır etmediğinde aradaki dâvada vekil olacağını söyleyip de bunun hangi dâva olduğunu belirtmese; kişiye kefillik geçerli, dâva vekilliği geçersizdir. Çünkü bu vekilliğin hangi dâvada olduğunu belirtmezse, vekil, vekil edenin vekillikteki amacını gerçekleştiremez. Vekilliğin konusu, aşırı sayılacak derecede belirsizdir, bilinmemektedir. Ona, genel anlamda vekillik verilerek, işler bütünüyle onun görüşüne terkedilememiştir. Ancak dâva vekilliğinin geçersizliği, kişiye kefilliğin de geçersizliğini gerektirmez. Çünkü bu iki hükümden her biri, diğerinden ayrıdır; birisindeki hukukî bozukluk, diğerine bulaşmaz.

Çocuğun kefil olması

Ticaretle uğraşan/ticarete izinli hareketlerinin sonucunu ayırt edebilen (mümeyyiz) bir çocuğun, hem kişiyi hazır etmeye, hem de mala yönelik kefilliği, babasının izni bulunsun veya bulunmasın, geçersizdir. Çünkü kefillik, bir çeşit bağış akdidir. Hediye vermede olduğu gibi, bir çocuk, babasının izni olsun veya olmasın, bağışta bulunma yetkisine sahip değildir. Çünkü çocuğun aklının erer, temyiz gücüne sahip sayılması, hukûkî açıdan kendi yararına olan konularda geçerlidir. Bağış ise, yararı acil olan, hemen gerçekleşen bir akit değildir. Babanın, çocuğun eşini boşanma gibi bizzat kendi yapma yetkisinin olmadığı konularda, çocuğa izin vermesi de doğru değildir.

Diğer yandan kefillik; belli bir sorumluluk altına girerek, tıpkı ödünç mal verme gibi, kişinin kendi zimmetini başkasına bir çeşit borç vermedir. Bir çocuk da, babası izin versin veya vermesin, böyle bir yetkiye sahip değildir.

Bunağın ve zâtü'l-cenpli bir kimsenin durumu da, bu konuda çocuk gibidir.

Başkasına borcu olan birisinin, henüz erginlik çağına girmemiş bir çocuğunu kendisiyle birlikte kefilliğe ortak etmesinin veya kendisine kefil etmesinin hükmü de böyledir; çocuğun kefilliği geçersizdir. Çünkü küçük çocuk, babasının izniyle başkasına kefil olamadığına göre, babasına da öncelikle kefil olamaz. Çünkü baba, her ne kadar çocuğunun başkasına kefilliği konusunda töhmet altında değilse de, kendisine kefillik konusunda töhmet altındadır. **[20/9]**

Mümeyyiz bir çocuk, erginlik çağına girdikten sonra, henüz çocukluk devresinde bir kişiyi hazır etmeye (kişisel kefillik) veya bir malı ödemeye kefil (malî kefillik) olduğunu ikrar etse, onun bu ikrarı, geçersizdir. Çünkü erginlik çağına girdikten sonraki ikrarla sabit olan bir şey, gözle görerek sabit olan bir şey gibidir. Çocukluğunda kefil olduğu kesin olarak bilinse bile, erginlik çağına girdikten sonra, bu kefillik, geçerli olmaz.

Ayrıca bu kişi, yaptığı ikrarı öyle bir zamana dayandırarak yapmıştır ki, o zamandaki durumu güvence vermeye uygun değildir. Dolayısıyla, sanki kefilliği ikrar eden bir kişi değil de, gerçek kefillik olduğunu inkâr eden bir kişi konumundadır. Bu yüzdendir ki, lehine kefil olunan kişi, bu çocuğun erginlik

çağına girdikten sonra kefil olduğunu iddia etse, geçerli söz yeminiyle birlikte yine çocuğun sözüdür.

Eğer kendinde olmadığı (baygın olduğu) bir sırada, kefil olduğunu ikrar etse, onun bu tür davranışlarının olduğu biliniyorsa, geçerli söz, yine onun sözüdür. Çünkü kefillik, geçerli olamayacağı bir zamana dayandırılmıştır. Önceden böyle bir durumu, davranışı bilinmiyorsa, kendi ikrarıyla yükümlülük üstlendiği için, yaptığı kefillik ikrarından sorumlu tutulur.

Yetimin vasisinin, yetimi onun için aldığı borca kefil göstermesi

Yetim bir çocuğun vasîsi, çocuğun nafakası için borçlanır ve çocuktan kefil olmasını ister veya çocuğun bizzat kendisi ona kefil olursa, bu durumdaki bir çocuğun borç kefilliği, geçerli, kişiye kefilliği ise geçersizdir. Çünkü sonuçta bu borç, çocuğun borcudur. Görmez misin vasî, bu parayı kendi malından verebilir. Kendi malından verdiğinde, verdiği malı almak için çocuğa başvurur. Çocuk böyle bir kefillikle, zaten borcu olan bir şeyi üstlenir. Kişiye kefillik ise, bundan farklıdır. Böyle bir kefillikte çocuk, sorumlu olmadığı bir şeyi üstlenmiş olur.

Bu konuya şu şekilde açıklık getirmekte mümkündür. Bir vasî[4], vasîsi olduğu çocuğa borçlanmasını emretse, çocuk da borçlansa, bu borçlanma geçerlidir. Borcunu ödemekle yükümlüdür; kendisinden bu mal istenir. Vasînin kendisi borçlandığı ve çocuktan kefil olmasını istediğinde de, hüküm yine böyledir. Kişiye kefillikte ise, böyle bir emir verme yetkisi yoktur.

Baba, çocuğu adına bazı gerekli konularda borçlandığında ve ondan bu borca kefil olmasını istediğinde, hüküm yine böyledir; kefillik geçerlidir. Çünkü babanın, çocuk adına yaptığı bir işlem, vasînin yaptığı işlemden daha geçerlidir. Eğer çocuktan kişiye kefillik isterse, bu tür kefillik geçerli değildir. Bu konuda, ticaretle uğraşan çocukla, uğraşmayan arasında bir fark yoktur. Çünkü kefillik akdi, ticaret akitlerinden değildir.

Kanûnî ehliyeti olmayanlara vekillik

Aklı ermeyen bir çocuğa, deliye ve kendinde olmayan birisine kefil olunamaz.

Hammâd (rh.a.)'ın naklettiğine göre, bu kişilere kefil olmak, Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüne göre geçerlidir.

Bu meselenin esası, beldede bulunmayan (gâib) kişi adına kefil olmayla ilgilidir. Daha önce de açıklandığı gibi kefil, kefillik konusunda bağımsızdır. Lehine kefil olduğu kişi kabul etmese bile o kefil olabilir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, karşıda kabul eden birisi olmadığı sürece, kefillik geçerli değildir. Aklı ermeyen bir çocuğun ve akıl hastası olan bir kimsenin, yaptığı kabul işlemi geçersizdir; hüküm ifade etmez.

---

[4] **Vasî / الوصي:** Sahip oldukları mallar üzerinde tasarruf hakkı bulunmayıp velileri de olmayan kimselerin menfaatlerini korumak ve onlar adına tasarrufta bulunmak üzere mahkeme tarafından tayin edilen kanunî temsilci.

Ticaretle uğraşan bir çocuğa kefil olmak ise, geçerlidir. Çünkü o, akit yapmaya ehil bir kimsedir. Bu şekilde kendisine kefil olmak, kendisi tarafından yapılan bir bağış değil, kendisine yapılan bir bağış veya kendisine ödünç para verme gibidir. Kendisi kabul ettiğinde, yapılan bu iyilik geçerlidir.

Birisi, bir kimseyi belirtilen bir tarihe kadar dâvalıya teslim edeceğine kefil olsa, bu tarihte hazır edemediğinde aleyhine sabit olacak hükmün gereğine de kefil olduğunu bildirse ve bu süre dolup da o kişiyi getiremese, koşul gerçekleştiği için aleyhine sabit olan hükmün gereğini yerine getirmek, onu ödemek zorundadır. Ancak bu şekildeki bir hüküm, hakim kararıyla gerçekleşir. Hakim, eğer kendisine kefil olunan kişi aleyhine hüküm verirse, kefil bunu üstlenmek zorundadır. Çünkü belli bir nitelikteki mala, belli bir nitelikteki bir mal ile kefil olmuştur. Kefil olan kimse, karşı tarafa mal sorumluluğu getirecek bir delil ortaya koymaya yetkili bir taraf konumunda değildir. Çünkü bir mal, hakim kararıyla asıl üzerine sabit duruma gelmeyince, kefil ondan sorumlu olmaz. Kefil, bu şekilde hükümle sabit olan bir mala kefil olmadıkça, bu konuda dâvanın tarafı da değildir.

Alacaklı veya borçlu ölürse, bu konuda mirasçısı veya vasîsi onun yerine geçer.

[20/10]

Belli bir yerin hakiminin kararına bağlı kefalet

Eğer bir kimse, aleyhine karar verildiğinde veya Kûfe halkı hakimi karar verdiğinde, kendisine kefil olursa, kararı ister Kûfe hakimi isterse Kûfe hakiminden başkası versin, bu karar, yine de kefili bağlayıcıdır; Kefillik yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Çünkü koşulan koşulların yararlı olanına itibar edilir. Bir malın, asıl aleyhine hükmedilmiş bir mal olma niteliğiyle sınırlandırılması, yararlı bir sınırlandırma ise de konuda karar veren hakimin, Kûfe hakimi olması, yarar getirmeyen bir sınırlandırmadır. Çünkü mahkemede maksat, hakimin bizzat kendisi değil, vereceği karardır. Mahkemenin vereceği bir karar konusunda Kûfe hakimi ile Kûfe dışında başka bir yerin hakimi arasında bir fark yoktur.

Bir kimse verilecek hükmün gereğine kefil olma koşuluyla birisini mahkemede hazır bulundurmaya kefil olsa, kefil olduğu kişi ölse, kefil de onun mirasçısıysa, kefillik geçerlidir ve doğru bir kefilliktir. Çünkü kendisine kefil olunan kişi babasının ölümünden sonra da onun terekesinden, babasının borcunu ödemekle yükümlüdür. Hüküm açısından o da, asıl borçlu gibidir.

Aynı şekilde ölünün vasîsi de, ölü aleyhine verilecek hükmü ödeme koşuluyla, bir kimsenin kendisine kefil olabilir. Bu da geçerlidir. Çünkü vasî de, bu borcu ölünün terekesinden ödemek zorundadır.

Bunun gibi; vasî, ölene borçlu olan kişiden, kendisini mahkemeye hazır edecek, aleyhine verilecek hükmü ödeyecek bir kefil isteyebilir. Çünkü bu konuda o, kendisini vasî atayan kişinin yerini alır.

Aynı şekilde baba da, küçük yaştaki çocuğunun borçlusundan kefil isteyebilir. O da bu konuda, çocuğunun yerini tutar. Çocuk erginlik çağına girse de, hüküm yine böyledir.

Bir kimse, kardeşine veya ailesinden birisine malî borcu olan birisini, alacaklı durumdaki mal sahibinin vekilliği olmadan yakalasa ve ondan kendisini mahkemeye getirmeye ve mahkemede ispat edilen alacağa (kişisel ve malî) kefil istese, alacak dâvayı açan kişi de buna rıza gösterse, bu kefillik geçerlidir. Çünkü böyle bir kefilliğin kabulü, hak iddiasında bulunan kişinin onayına bağlıdır. Onun tarafından onaylandığında, alınan bu kefillik geçerlilik kazanır.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre, böyle bir durumda kefil, mal sahibinin rızasını belli etmeden önce kefillik akdini bozarsa, kefillik sorumluluğundan kurtulur. Çünkü onlara göre kefillik, kefili ancak hak isteminde bulunan asıl kişinin rızasıyla bağlayıcı duruma getirir. Bu görüş, önceden de açıklandığı gibi aynı zamanda Ebû Yusuf (rh.a.)'tan nakledilen iki görüşten birisidir.

Bir kimse, birisini, borçlusundan kendisini mahkemeye hazır etmek ve aleyhine verilecek hükmü ödemek için kişiye ve mala kefil almaya vekil atasa, bu vekillik geçerlidir. Çünkü vekil edenin bizzat kendi yapabileceği bir iş için başkasını vekil ataması, geçerlidir.

Kefil olan kişi, vekil lehine böyle bir kefillikte bulunur ve kefil olduğu kişiyi getirerek teslim ederse, kişiye kefillik sorumluluğundan kurtulur. Vekil edenin bundan sonra ondan bir şey isteme hakkı yoktur. Çünkü o, üstlendiği sorumluluğu yerine getirmiş, kişiyi vekile teslim etmiş; kefil, kefillik akdini kendisine dayandırmakla, kendisini bizzat akdi yapan kişi konumuna koymuştur. Bu akdin karşılığı olan hakkı teslim alma ve kefilliğin gereğinin yerine getirilmesini isteme hakkı, ona aittir.

Şayet kefil olan kişi, kefillik akdini vekil eden için yaparsa, kişiyi vekile teslim etmekle sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü bu durumda vekil, kendisini elçi konumuna getirmiştir. Diğer yandan kefil, teslimi vekil edene yapmayı üstlenmiştir. Dolayısıyla, ondan başka birine yapacağı teslim, onu sorumluluktan kurtarmaz.

Eğer teslimi vekil edene yaparsa, her iki durumda da sorumluluktan kurtulur. Çünkü birinci durumda, her ne kadar akdi bizzat gerçekleştiren vekil ise de o, bu akdin gereğinin vekil eden yararına olmasını istemektedir. Vekil edene teslimi ile amaca ulaşıldığına göre, kefil sorumluluktan kurtulur.

Bir kimse, bir başkasını vekil atayarak ondan filan kimseye vekil edenin kendisini mahkemede hazır etmek için bir kefil göstermesini, vekil eden aleyhine sabit olacak borcu ödemek için kefil olmasını istese; vekil de bu konuda kefil gösterse, mahkemede vekil eden aleyhine mal borcuna karar verilse, dâvacı, verdiği kefilliğin gereğini yerine getirmesini kefilden ister. Kefilin, vekilden bu konuda herhangi bir şey isteme hakkı yoktur. Çünkü bu durumda vekil, vekil

edenin kefile gönderdiği bir elçi konumundadır. Herhangi bir maddî sorumluluk taşımaz. Ancak, kendisi de herhangi bir garanti vermiş, kefillik üstlenmişse, üstlendiği kefilliğin sorumluluğunu yerine getirmesi istenebilir.

[20/11]

Görmez misin bir kimse, başkasından, üçüncü bir kişiyi mahkemeye getirmeye ve borcuna kefil olmasını istese, istekte bulunan bu kişinin herhangi bir maddî sorumluluğu yoktur. Kefil olunan kişi de sorumluluk taşımaz. Çünkü istekte bulunan kişi kefil olana, bir başkasına kefil olmasını işaret etmiş, ona karşı herhangi bir yükümlülük üstlenmemiştir. Başkasına işarette bulunan ve kefil olunan kişinin sorumluluğu yoktur. Çünkü kefil olunan kişi de, onun kendisine kefil olmasını istememiştir. Dolayısıyla kefil, ödediğini almak için ona başvuramaz.

Önceki meselede ise, ödediği malı almak için kefil olunan kişiye başvurabilir. Çünkü ona kefil olmasını vekili emretmiştir. Bu da, kendi kefilliği gibidir. Başkasının isteğiyle kefil olan bir kişi, borç kendisinden istendiğinde o da kefil olduğu kişiden ister. Kendisi kovuşturmaya uğradığında o da kovuşturur. Hapsedildiğinde hapseder. Eğer borcu ödemişse, ödediğini almak için başvurma bulunma hakkı vardır.

"Ondan ister" sözümüzle kastımız; "bu sorumluluktan kurtulmak için istenen hakkı öde," demesi ve kendisinden herhangi bir ödeme yapmasını istememesidir. Çünkü kendisi borçlu adına bir şey vermediği sürece, ona başvurma hakkı yoktur. Böyle bir durumda, borç vermiş bir kimse durumundadır. Bir kimse borç vermeden, mal ödemesi yapılmasını isteyemez. Birisi, ancak kendisinden borç alan kimseden mal ödemesini isteme hakkına sahiptir. Bu da ödemeyi yaptığında mümkündür. Bu yüzden, ödemeyi yapmadığı sürece kendisinden bir şey istemek için başvurma hakkı yoktur.

Allah daha iyi bilir.

ÇOCUKLARA VE KÖLELERE KEFİL OLMA

Bir kimse, çocuğa karşı dâva açar, bir başkası da babasının izni olmadan ona kefil olursa, bu kefillik geçerli ve kefil olan kişiyi bağlayıcıdır. Kefil olan kişiden kefilliğin gereğini yapması istenir.

Dâvalı olan çocuğun kendisine kefillik

Çünkü çocuk, ticarete izinli birisiyse, mahkemede kendisini savunması, yöneltilen sorulara cevap vermesi için mahkemeye, hakim huzuruna getirilmesi açılan dâvanın bir gereğidir. Eğer çocuk ticarete izinli değilse, aynı gerekçeyle bu konuda onun yerini alması için mahkemede velisi hazır edilmelidir.

Ticarete izinli çocuğun borcuna kefil olmak

Kefil olan kişi, kefilliğin gereği olarak teslim etmekle sorumlu olduğu kişiyi teslimi üstlendiğinde bu konu, birisinin yerine geçmenin geçerli olduğu bir konudur. Onun yaptığı üstlenme geçerlidir. Eğer dâvacıya teslim için kefil,

kendisiyle birlikte çocuğun duruşmada hazır olmasını isterse, kefilliği çocuk istemiş olsa bile, çocuk mahkemeye getirilerek yargılanamaz. Çünkü çocuk, ticaretle uğraşmaya izinli değilse söyleyeceği söz, hiçbir şekilde kendisini bağlamaz. Eğer ticaretle uğraşma izni verilmişse söyleyeceği söz, o zaman kendisini bağlayıcıdır. Kefilden de o zaman beraberinde onu da hazır etmesi istenir. Çünkü kefili bu yükümlülük altına sokan odur; beraberinde onu mahkemede hazır edip, dâvacıya teslim ederek kendini sorumluluktan kurtarmalıdır.

Ticarete izinli olmayan çocuğun borcuna kefil olmak

Eğer çocuk, ticaretle uğraşan birisi değilse ve aleyhine malî bir dâva açılmışsa, babası da birisinden bu çocuğa kefil olmasın istemiş, o da kefil olmuşsa, bu kefillik de geçerlidir. Kefil olan kişiden, bu kefilliğin gereğini yerine getirmesi istenir. Kefil de ödediği mal için çocuğa başvurur. Çünkü baba, çocuğunun yararıyla ilgili konularda sözü geçerli ve bağlayıcı olan bir kimsedir. Bu konu da, çocuğa yarar sağlayan konulardandır. Dolayısıyla böyle bir konuda babanın sözü çocuğu bağlayıcıdır. Bu yüzden, mahkemede kefille birlikte hazır olması emredilir.

Şayet çocuk ortadan kaybolursa; kefilin, babayı sorumlu tutma, çocuğu mahkemede hazır ederek kendisine sunma veya ondan kendisini sorumluluktan kurtarmasını isteme hakkı vardır. Çünkü bu konuda babanın emri, çocuk üzerinde geçerli olduğuna göre, çocuk kendisinden hak istenecek bir kişi konumunu almıştır. Çocuğun kendisinden istenilen birisi olduğu her konuda, çocuğun malından ödeme yaparak bu hakkı yerine getirmekle görevlidir. Nitekim delille çocuk aleyhine borç sabit olduğunda da, hüküm yine böyledir. Bu yüzden, babadan çocuğu mahkemede hazır etmesi istenir.

Böyle bir konuda vasî de, baba gibidir. Çünkü bu dâvayı kovalamada çocuğun yararı vardır.

Birisinden bir çocuğu mahkemede hazır etmeye kefil olmasını isteyen kişi, çocuğun vasîsi değilse bile, kefilden yine de mahkemede çocuğun hazır edilmesini isteme hakkına sahiptir. Çünkü böyle bir sorumluluğu kendisi üstlenmiştir. Çocuğa ise, onunla birlikte mahkemede hazır olması emredilmez. Çünkü kefil olan kişiden, kefillik isteğinde bulunan kişinin sözü, bu çocuğu bağlayıcı değildir. Kefil olan kişi de, kendisine kefil olma emrini vereni sorumlu tutamaz. Çünkü bu kişi, ona bu çocuğa kefil olmasına işaret etmiş, ancak kendisi ona karşı herhangi bir sorumluluk üstlenmemiştir. **[20/12]**

Bu konuda zihinsel özürlü (bunak) kimse de, çocuk gibidir. Çünkü vasînin bunak bir kimse üzerindeki veliliği, çocuk üzerindeki velilik gibi geçerlidir.

Bir çocuğu, yarın mahkemede hazır etmek üzere kefil olan bir kimse, ertesi gün onu mahkemede hazır edemediğinde, çocuğun aleyhine sabit olan hükmün gereğini üstleneceğini söylerse, çocuğu hazır etmeye yönelik kefillik geçerli olduğu gibi, çocuğu hazır edemediğinde üstlendiği malî kefillik de, koşul oluştuğu için, geçerlidir.

Çocuk aleyhine bir hak, hakimin baba veya vasî, yahut da hakimin çocuk için atadığı kişi aleyhine hüküm vermesiyle gerçekleşir. Bunlar varsa kefillik akdi bağlayıcıdır. Bu durumda kefil, çocuğa başvuramaz. Ancak kefil olma emrini kendisine çocuk veya vasî vermişse, o zaman başvurabilir. Çünkü böyle bir kefillik, borç vermeye benzer. Kısıtlı durumdaki bir çocuğa verilecek borç, onu bağlamaz. Ancak velisinin emriyle olduğunda, çocuğu bağlayıcıdır. Bu durumda gerekli malı ödemekle de veli yükümlüdür. Velinin böyle bir kefillik emri, çocuğun erginlik çağına girdikten sonraki kefillik emri gibidir.

Ticaretle uğraşsın veya uğraşmasın bir kölenin efendisinin borcuna veya kendisine kefilliği, efendisinin izni olmadan geçerli olmaz. Çünkü kefillik akdi, bağış sayılır. İzinli bir kölenin üzerindeki kısıtlılık da, bağış anlamı taşıyan işlemler konusunda değil, ticârî işlemler için kaldırılmıştır. Dolayısıyla efendisinin izni olmadan, ne kişiye ne de mala kefilliği, efendi için olsa bile, geçerli değildir. Nitekim başka kişiler için üstlendiği kefillik de geçersizdir.

Buradaki geçersizden kasıt; bu kefilliğin gereğinin, köleliği devam ettiği sürece kendisinden istenemeyeceğidir. Ancak özgürlüğüne kavuştuktan sonra üstlendiği kefillikten sorumlu tutulup, gereğini yerine getirmesi istenebilir. Çünkü köle, kendisiyle ilgili olarak sorumluluk üstlenmeye ehil bir kimsedir.

Şayet efendisinin izniyle onu mahkemede hazır etmeye kefil olursa, bu kefillik geçerlidir. Hemen kefillik üstlenmesine engel olan, diğer alacaklılarının hakkı değil, efendisinin hakkıdır. Çünkü kişiye kefillik, alacaklıların hakkının bağlı olduğu yerle ilgili değildir. Bu nedenle efendinin izni olduğunda, ister efendiye, isterse başkasına kefil olmuş olsun, bu kefillik geçerlidir. Çünkü böyle bir kefillikte kendisinden hazır etmesi istenen kişiyi hazır edemediğinde, yapılabilecek en son şey, kefilin hapsedilmesidir. Bu da efendiyle kölenin hizmeti arasına engel koyar. Bu yüzden de efendi, izin verdiğinde geçerli sayılır.

Şayet efendisinin izniyle, onun borcuna kefil olur, kendi borcu da olmazsa, kefillik geçerlidir. Çünkü bu durumda, kendi maddî değeri üzerindeki hak, bütünüyle efendisinindir. Meselâ, rehin gösterme veya borç ikrarı yoluyla kölesini borca karşılık tutma hakkına sahiptir. Kendisine izin verir, o da efendisine kefil olursa, hüküm yine böyledir. Eğer kefil olduğu efendisi adına, özgürlüğüne kavuştuktan sonra ödeme yaparsa, bu konuda efendisine başvuramaz.

Züfer (rh.a.)'den bir rivayete göre, bu durumda kölenin efendiye başvurma hakkı vardır. Çünkü onun emriyle, kendi öz malından onun borcunu ödemiştir. Dolayısıyla özgürlüğüne kavuştuktan sonra, kendi adına ödeme yapmasını emretmiş gibi ona başvurabilir.

Ancak diğer Hanefî âlimleri bu konuda şöyle demektedirler: Kefillik akdi gerçekleştiğinde, efendi bu köleye herhangi bir ödeme yapmak zorunda değildi. Esasen bir köle, efendisini kendisine borçlandıramaz. Bu yüzden, özgürlüğüne

kavuştuktan sonra ödeme yapsa bile, efendisine başvuramaz. Bu hüküm, daha önce de anlatıldığı gibi kefillik akdi, lehine kefil olunan kişiye, kefil üzerinde; kefil olan kişiye de, asıl üzerinde hak doğmasına neden olur. Ancak kefilin asıl üzerindeki hakkı, asılın ödeme imkânının olacağı ana kadar vâdesi olan bir haktır. Bu yüzden kefil henüz ödeme yapmadan, asılı kendisine olan borçtan aklayarak (ibra ederek) kurtarırsa, bu kurtarması geçerlidir. Bundan sonra kendisi ödeme yapsa da, asıla başvuramaz.

Böylece asıl dikkate alınması gereken zamanın, kefillik akdinin yapıldığı anın olması gerektiği ortaya çıkar. Kefillik akdinin olduğu zamanda köle, efendisini kendisine borçlandıracak bir konumda değildir.

Şayet köle, kendi değerini de kuşatacak kadar borçluysa köleliği devam ettiği sürece kefillik üstlenemez. Çünkü bu şekilde borcu olan bir kölenin, maddî / mâlî değeri konusunda efendi, yabancı gibidir. Görmez misin aleyhine ikrarda bulunarak veya rehin göstererek, onu borçla uğraştırma hakkına sahip değildir. Kefil olmasına izin verdiğinde de hüküm böyledir. [20/13]

Ancak bir kölenin, kendi hakkında yükümlülük altına girmesi geçerlidir. Öyle ki, özgürlüğüne kavuşunca üstlendiği kefilliğin gereğini yapması kendisinden istenebilir.

Efendi ölür, geride mal bırakır, ölümü sırasında köleyi de özgür kılınsa, kölenin alacaklıları, onu kendi değerini karşılayacak kadar çalıştırma hakkına sahiptirler. Efendinin alacaklıları, kölenin değerinden herhangi bir kısmını isteyemezler. Çünkü bu değer, kölenin maddî değerinin (maliyetinin) karşılığıdır. Kölenin alacaklılarının hakkı, onun maddî değerine bağlı olma açısından efendinin alacaklılarından önce gelir. Bilindiği gibi efendi, bu köleyi özgür kılmadan ölseydi; köle satılır, parası efendinin alacaklılarına değil, kendi alacaklılarına dağıtılırdı. Çalıştırmanın hükmü de böyledir.

Efendinin alacaklılarıysa, efendinin bıraktığı malı satarlar. Kölenin alacaklıları, isterlerse kölenin değeri oranında efendinin malının peşine düşebilirler[5]. Çünkü köleyi özgür kılmakla haklarının bağlı olduğu konunun yitirilmesine, o neden olmuştur. Dolayısıyla, kölenin değerini onlara karşı borçlanmış; bu borç, efendinin ölümünden sonra terekeden ödenmesi gereken bir borç durumuna gelmiştir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bir köle, borçları karşılığı çalışmasını tamamlamadığı sürece, üstlendiği kefilliğin gereği kendisine uygulanamaz. Çünkü ona göre çalışan kimse, çalışma sırasında, özgür olma anlaşması yapan (mükâtep) bir köle gibidir. Mükâtep bir kölenin kefilliği, geçersizdir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre, ne zaman özgürlüğüne kavuşursa, kefillik akdi o zaman işlerlik kazanır. Çünkü bu durumda köle, onlara göre, borçlu

---

[5] Alacaklarını, efendinin malından isteyebilirler.

özgür bir kimsedir. Lehine kefil olunan kişi, dilerse efendinin malını kovuşturur. Çünkü kendisine asıl borçlu olan, odur. Dilerse köleyi kovuşturur. Çünkü özgürlüğüne kavuştuktan sonra, kefilliği geçerlidir. Ancak bu durumda, kölenin değerinde kölenin alacaklılarına ortak olamaz. Çünkü bu değer, kölenin maddî değerinin (maliyetinin) bedelidir. Kefillik yoluyla alacaklı olan kimsenin, kölenin maliyetinde, onun alacaklılarına ortak olma hakkı yoktur. Dolayısıyla, maliyetinin bedelinde de ortak olamaz.

Eğer kölenin yerinde efendinin ümmü veledi bulunsa ve özgürlüğünü elde etse, lehine kefil olunan kişi, onu kendi alacaklılarıyla birlikte çalıştırma hakkına sahiptir. Çünkü ümmü veled olan bir câriyenin, artık mâlî değeri yoktur. Ancak üstlendiği borçlar, özgürlüğüne kavuştuktan sonra zimmetinde kesinlik kazanır. Dolayısıyla kendisine bütün bu borçları ödemesi emredilir. Lehine kefil olunan kişi de, kefilliğinden dolayı ümmü veledi sorumlu tutar, hakkını ister.

Efendisinin, ölümünden sonrası için kendisine özgürlük vaadettiği bir câriye, (müdebbere) de, mal olma niteliği devam ettiği için, bu konularda köle gibidir. Bütün bu köle ve câriyeler, kefillik nedeniyle ödedikleri herhangi bir şey için, efendiye başvuramazlar. Çünkü kefillik akdi sırasında hepsi, efendinin mülkiyeti altındadırlar. Efendinin mülkiyeti altında olan kimseler, kendilerine sahip olan kişiyi, kendilerine borçlandıramazlar.

Müdebber câriye hakkında, câriyenin alacaklılarının kölenin aksine câriyenin değeri kadar bir miktarda efendinin terekesine başvurma haklarının olması gerekir. Çünkü efendi, müdebbere bir câriyeyi özgür kılmakla, alacaklıların herhangi bir hak kaybına neden olmamıştır. Çünkü alacaklıların, müdebber câriyeyi borç karşılığı sattırma hakları yoktur. Onların hakkı, kazançtadır. Kazanç da, alacaklılar tarafından bu şekilde tahsil edilir. Biz de böyle olduğu görüşündeyiz. Muhammed'in (rh.a) bu sözden maksadı, müdebber câriyenin kendi değeri oranında çalıştırılmasının gerektiği konusunda alacaklıların, eşit olduklarıdır.

Kölenin durumu, ümmü veled olan câriyenin durumundan daha zayıftır. Ancak müdebbere bir câriyede, mal olma özelliği varlığını korumaktadır. Nitekim birisi tarafından gasbedilmiş olsa, gasbeden onun maddî değerini ödemek zorundadır. Tazminat olarak alınan bu para da, câriyenin alacaklılarına verilir. Bu nedenle, özgürlüğüne kavuşmuş olan bir müdebberenin de, köle gibi kendi değeri oranında alacaklılarına olan borç için çalışması gerekir.

Eğer borç, efendinin kefillik borcu ise ve onun adına bu borcu köle ödemişse; bu ödeme, efendinin bizzat kendisinin yaptığı ödeme gibidir. Aynı şekilde, verilen parayı almak için asıla başvurulur.

Kadı Şürayh (rh.a.)'in; "kölenin kefillik hakkı yoktur," dediği nakledilir. Bu söz; kölenin kişiyi hazır etmeye veya mal üstlenmeye kefil olma yetkisi yoktur, anlamı taşır. Çünkü bu, sonuçta belli bir sorumluluk üstlenerek bağışta bulunmaktadır.

Köle olan bir kimse, efendisinin hakkı nedeniyle, bağışta bulunma konusunda kısıtlıdır.

[20/14] Efendisinin izni olmadan müdebber bir kölenin, normal kölenin ve ümmü veledin, özgürlüğüne kavuşuncaya kadar efendiden başkasına hem borca, hem de kişiye kefil olması geçersizdir. Ne zaman özgürlüğüne kavuşursa, kefilliğinden o zaman sorumlu olur. Çünkü kefilliğe engel, efendinin hakkıdır. Efendi kendisine izin verir, kendisinin de borcu olmazsa, o zaman kefilliği geçerli olur. Köle, kefillik borcu karşılığı da satılır. Bu durumda eğer kendi borcu varsa; ödemeye, kefillik borcundan önce, kendi borcuyla başlanır.

Ümmü veled[6] ve müdebber köle[7] ise, borç karşılığında çalıştırılır. Çünkü kendi kişileri, satışa konu olamaz. Dolayısıyla borçlarını kazançlarından ödemek zorundadırlar. Bu da çalışmayla mümkündür. Onlar da, çalıştıklarında ödemeye önce kendi borçlarından başlarlar; daha sonra da efendinin izniyle kefil olmuşlarsa, kefillik borcunu öderler.

Bir köle, efendisinin izniyle bir kişiyi mahkemeye getirmek için kefil olur, daha sonra da efendisi onu özgür kılarsa; efendi, herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir. Bu durumda köleden kefillik yükümlülüğünü yerine getirmesi istenir. Çünkü efendi, köleyi özgür etmekle lehine kefil olunan kimsenin herhangi bir hak kaybına neden olmamıştır. Onun hakkı, köleden kefil olduğu kişiyi getirmesini istemektir. Böyle bir sorumluluğu yerine getirmek, özgürlüğe kavuşmadan önce nasılsa, özgürlüğe kavuştuktan sonra da öyledir. Efendi, köleyi özgür kılmakla onun mal olma niteliğini yok etmiştir. Kişiye kefillikte kefilliğin, kölenin mal olma niteliğiyle bir ilgisi yoktur.

Eğer kefillik, borca kefillik ise, efendi, kölenin maddî değeri ile borçtan hangisi daha az ise onu öder. Çünkü bu durumda, lehine kefil olunan kişinin hakkı, kölenin mal olma niteliğiyle bağlantılı duruma gelmiştir. Kölenin ödemekle yükümlü olduğu bir borç, mutlaka kölenin kendi malî değerini meşgul eder. Köleye kefil olma izni vermekle, bu sorumluluk efendi açısından da etkisini gösterir. Köleyi özgür ederek onun mal olma niteliğinin kaybına neden olduğunda, onu hak sahibine ödemek zorundadır.

Bu durumda alacaklı, muhayyerdir: Dilerse, malı almak için kefil olan kölenin peşine düşer. Dilerse, kölenin mal olma niteliğinin yitirilmesine neden olduğu için, efendiyi kovuşturur. Eğer kölenin peşine düşer ve alacağını ondan alırsa; köle de, onun isteğiyle kefil olmuşsa, kefili olduğu kişiyi kovuşturur. Alacaklı efendiyi kovuşturup alacağını ondan alırsa; efendi de, kölesine kefil olmasını, kefil olunan

---

[6] **Ümm-i veled /** ام الولد Sahibinden çocuk dünyaya getiren cariyedir.

[7] **Müdebber Köle:** Özgürlüğüne kavuşması efendisinin ölümüne bağlanmış bulunan erkek köle. Bu durumdaki cariyeye ise "müdebbere" denir.

kişinin isteğiyle emretmişse, onu kovuşturur. Eğer kefil olunan kişi, ne efendiden, ne de köleden böyle bir istekte bulunmuşsa; herhangi bir şey almak için kendisine başvuramaz. Çünkü böyle bir durumda, kefillik üstlenmek ve onun yerine ödeme yapmakla, her ikisi de bağışta bulunmuş sayılırlar. Şayet ticaretle uğraşan bir kölenin maddî değeri iki bin dirhem, kendi borcu da bin dirhem ise; böyle bir durumda iken efendisi kendisine bin dirhemlik bir borç için kefil olmasını emretmiş, köle de bu kefillikten sonra bin dirhem daha borçlanmışsa; ardından da borçları karşılığında hakim tarafından bin dirheme satılmışsa, satış bedeli olarak alınan para, ilk alacaklılar ile sonraki alacaklılar arasında bütün alacakların oranına göre bölüşülür. Kefillik nedeniyle alacaklı olan kişi ise, kölenin kefil olduğu günkü değerinden, borcundan artan bin dirhemdeki alacak oranında pay alır. Çünkü köle, mal kefilliğini efendisinin emriyle üstlenmiştir. Dolayısıyla kefilliği, borçtan artan para oranında geçerlidir. O gün, borçtan artan para, bin dirhemdir. Görmez misin efendi böyle bir köle aleyhine borç ikrarında bulunsa; bu ikrar, ancak kendi maddî değerinden arda kalan para oranında geçerlidir. Kölesine izin verip, kölesi onun izniyle kefil olduğunda da hüküm böyledir.

Yaptığı borcu ise, maddî değerinden artma gibi bir koşula bağlı olmadan ödemek zorundadır. Üstlendiği bütün borcu ödemek zorundadır. Bunun için bütün alacaklılar, alacaklarının tamamı oranında para alırlar. Lehine kefil olunan kişi ise, ancak bin dirhem oranında pay alır.

Çocuk yaştaki bir köle, efendisinin izni olmadan kişiye (nefse) veya borca kefil olur, sonra da efendisi tarafından özgür edilirse; bu kefillikten dolayı herhangi bir sorumluluk taşımaz. Çünkü o, ehliyeti olan, yükümlü birisi değildir. Kendisi hakkında herhangi bir üstlenmede bulunması da geçerli değildir. Görmez misin çocuk yaşta özgürlüğüne kavuşmuş olsa, bu şekilde üstlendiği bir üstlenme, yine de geçersizdir. Özgürlüğe kavuşmadan önce de hüküm yine böyledir.

Eğer efendisinin izniyle kefil olursa, daha önceden de açıklandığı gibi kefillik, hem kölelik sırasında, hem de özgürlüğüne kavuştuktan sonra geçerlidir. Efendinin kefilliğe izin vermesi, aleyhine borç ikrarı gibidir. Efendinin hem kölelik sırasında hem de köle özgürlüğüne kavuştuktan sonra aleyhe borç ikrarında bulunması geçerlidir. Burada da hüküm aynıdır. Çünkü efendinin, kölesini bağlayıcı, yükümlülük altına sokucu sözler söyleme hakkı vardır. Hatta onun kölesi üzerindeki sözü, bir babanın çocuğu üzerindeki sözünden daha bağlayıcıdır. [20/15]

Sonra babasının iznine dayanarak çocuğun üstlendiği ticârî türden her borç, çocuğun erginlik çağına girişinden sonra babanın yükümlü olduğu borçtur. Aynı şekilde köle de, efendisinin izniyle borçlanırsa, efendi de, kölenin özgürlüğüne kavuşmasından sonra onun borcundan sorumlu olur.

Bir köle, efendisinin izniyle kendi maddî değerini kuşatacak derecede borca kefil olur, daha sonra, yine efendisinin izniyle ve yine kendi maddî değerini

kuşatacak derecede bir başka borca da kefil olursa; ikinci borç, geçerli değildir. Çünkü bir borç üstlenmesinin geçerli olması için, kölenin maddî değerinin başka bir borçla bağlantılı ve uğraşmaması koşuldur. Birinci borcu ödemediği sürece, bu koşul gerçekleşmez. Dolayısıyla ikinci borç, geçerli değildir.

Bu durum efendinin, kölenin maddî değerini kuşatacak kadar, aleyhe borç ikrarında bulunduktan sonra, yine bu miktarda yeni bir borç ikrarında bulunmasına benzer. Birinci borç, kölenin yaptığı ticaret nedeniyle edinilmiş bir borç olduğunda da hüküm böyledir.

Eğer bu borcunu henüz ödemeden özgürlüğüne kavuşursa, ikinci borç da sabit duruma gelir. Çünkü onun sabit duruma gelmesine engel olan, kölenin maddî değerinin birinci borç ile uğraşmasıydı. Kölenin özgürlüğüne kavuşmasıyla maddî değer yok olmuş, bu engel de ortadan kalkmıştır. Özgürlüğüne kavuştuktan sonra üzerindeki borçlar artık eşitlenir.

Şayet kölenin efendisi çocuksa ve köleye kefil olması için o veya babası ya da vasîsi izin vermişse, kölenin kefilliği geçerli değildir. Çocuğun izniyle geçerli olmayışı, kefillik akdini kendisinin yapamayacağı içindir. Kendi yapamadığına göre, kefillik için kölesine izin de veremez. Babanın verdiği izinle kefilliğin geçerli olmaması ise, onun ne çocuk, ne de onun malı üzerinde kefilliğe yönelik velilik hakkının olmayışındandır. Bilindiği gibi; çocuğa kefil olması için izin verse, çocuk da onun izniyle kefil olmuş olsa bile, bu kefillik geçersizdir. Kefillik konusunda çocuğun kölesine izin verdiğinde de, hüküm böyledir.

Kölenin sahibi, ticaretle uğraşan başka bir köle olduğunda da hüküm böyledir. Çünkü köle olan bir kimse, kendisi kefil olma yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla bu konuda kölesine verdiği izin de geçerli değildir.

Şayet efendi, kölesinin kölesine, dâvalıyı mahkemeye (dâvacıya) getirmeye veya borca kefil olma izni verir, birinci kölenin de kazancını ve kendi maddî değerini kuşatacak derecede borcu olursa, bu izne dayalı kefillik geçersizdir. Çünkü bu köle de, ticaretle uğraşan kölenin kazancından sayılır. Köle bu borçtan kurtulmadığı sürece efendi, onun kazancında işlemde bulunma konusunda başka yabancı kimseler gibidir. Eğer her iki kölenin de borcu yoksa, kefillik geçerlidir. Çünkü bu durumda ikinci köle de birincisi gibi efendinin öz malıdır. Nasıl efendinin izniyle birinci kölenin kefilliği geçerliyse, ikinci kölenin kefilliği de geçerlidir.

Eğer efendi, kölesine birisinin üç bin dirhem borcu için kefil olmasını emreder, o da kefil olur, daha sonra köle kendisi de üç bin dirhem borçlanır ve hakim tarafından iki bin dirheme satılırsa; kefillik yoluyla alacaklılar ile borç alacaklıları bu parayı bütün alacakları oranında bölüşürler. Çünkü kölenin kefilliği, borçsuz olduğu bir sırada gerçekleşmiş, dolayısıyla bütünüyle geçerlilik kazanmıştır. Kölenin kefillik borcuyla uğraşması, sonradan ticarî olarak borçlanmasına engel değildir. Dolayısıyla, her iki borç da geçerlidir. Her iki alacaklı, bütün alacakları oranında

kölenin satış bedelini paylaşırlar. Bu durum, efendinin üçbin dirhem borç ikrarında bulunduktan sonra, kölenin bu miktar kadar borçlanmasına benzer. Bin dirhem değerindeki borçsuz olan bir köle, efendisinin izniyle bin dirhem borca kefil olduktan sonra, yine efendisinin izniyle bir başka bin dirheme daha kefil olsa, ikinci kefillik geçerli değildir. Çünkü birinci kefillik, kölenin maddî değeri, lehine kefil olunan kişinin hakkına karşılıktır. Kölenin kefilliğinin geçerli olmasının koşulu da, onun maddî değerinin herhangi bir hakla bağlantılı olmamasıdır. İkinci kefillik sırasında aranan bu koşul bulunmadığı için kefillik geçersizdir. Nitekim efendi, köle aleyhine kendi değeri kadar borç ikrarında bulunduktan sonra yeni bir borç ikrarında daha bulunsa, bu ikinci ikrar geçersizdir. Kölenin değeri artarak ikibin dirheme ulaşır. Daha sonra efendisinin izniyle başka bir bin dirheme daha kefil olursa, bu son kefillik de geçerlidir. Çünkü üçüncü kefilliğin geçerli olma koşulu gerçekleşmiş, kefillik akdi sırasında bu kefilliğe yetecek kadar kölenin maddî değerinde artma olmuştur. Bu artan kısım da hiçbir hakla bağlantılı değildir. [20/16]

"Kölenin değeri arttığında meydana gelen artış, niçin ikinci kefillikle uğraşıp, üçüncü kefilliği geçersiz kılmıyor?" denilirse, buna şöyle cevap verilir: Çünkü bir akdin geçerli olma koşulu, o akdin yapıldığı sırada muteberdir. Daha sonra oluşması ve sonradan oluşan bu koşulun dikkate alınması mümkün değildir. Çünkü maddî değer, bazen yükselip bazen de düşebilir. Bunun için, meydana gelen fazlalığı dikkate alarak, ikinci kefillik değil de üçüncü geçerli sayılır.

Eğer hakim, köleyi ikibin dirheme satarsa; bu para birinci lehine kefil olunan kişi ile son kefil olunan kişi arasında -her iki kefillik de geçerli olduğu için- yarı yarıya paylaştırılır. Ortadaki kefil olunan kişi, herhangi bir şey alamaz. Çünkü köle, ona kefil olduğunda kendi maddî değerinden artan bir şey yoktu. Dolayısıyla, onun lehine yaptığı kefillik geçerli değildir. Kendisine verilen kefillik geçersiz olan bir kimse, lehine verilen kefillik geçerli olan bir kimseye ortak olamaz, onunla aynı anda hak almaya kalkışamaz.

Köle, bin beş yüz veya bin dirheme satıldığında, hüküm yine böyledir. Çünkü her iki kefillik –yani birinciyle sonuncu- geçerlilikte eşittirler. Kölenin satışından elde edilen miktar ister az, ister çok olsun, her biri kendine düşen hakkını alıncaya kadar, bu parayı aralarında yarı yarıya paylaştırırlar.

Eğer ikibin beş yüz veya üçbin dirhem gibi bir fiyata satılıp, satış bedelinden artan para olursa; bu fazlalık, ikinci kefil olunan kişiye verilir. Çünkü bu durumda fazlalık efendinin hakkıdır. Efendi bu paranın ikinci kefillik için verilmesine, kölenin bu kişiye kefil olmasını istediği sırada rıza göstermiştir. Görmez misin borçlu durumda olan bir köle, efendisinin izniyle birisine kefil olduktan sonra, üzerindeki borçlar ödeme yoluyla düşse, kazancı ve kendi değeri, lehine kefil olunan kişinin borcuna verilir. Burada da hüküm öyledir.

Bir kimse, birisine; "senin lehine sabit olacak, filan kimsenin borcuna ben kefilim," der ve hak sahibi de buna rıza gösterirse; daha sonra da borçlu durumda olan kişi, diğerine olan borcunu bin dirhem; alacaklı da, iki bin dirhem olduğunu iddia eder, kefil de; "benim sana hiçbir borcum yoktur," diyerek kefilliğini inkar ederse; geçerli söz, borçlunun sözüdür. Çünkü alacaklı, borçlu aleyhine bin dirhem fazlalık ileri sürmekte, o da bunu inkar etmektedir.

Sonra, borçlunun ikrarda bulunacağı borç, kefili de bağlayıcıdır. Çünkü hakim, onun ikrarıyla karar verir. Dolayısıyla, bu kadar miktardaki hak, tıpkı delil getirilmiş gibi hakim kararıyla sabit olur. Sabit olan bu borç da, kefili bağlayıcıdır. Bu durumda, kefilin borçla yükümlü olması, borçlunun sözüne dayanılarak gerçekleşmektedir. Oysa;

"Borçlunun, kefil aleyhine sözü delil değildir," denirse, buna şöyle cevap verilir: Mesele, denildiği gibi değildir. Kefilin mal üstlenmesi, kefillik yoluyladır. Çünkü o, kefil olduğu kişinin ikrarıyla, aleyhte hak sabit olabileceğini bile bile, kefilliği hakkın sübutuna bağlamakla, bu yükümlülüğü kefillik yoluyla almış olur.

"Filan kişi, senin lehine bir ikrarda bulunursa, ona ben kefilim," veya "sana karşı borçlu duruma düştüğü şeye ben kefilim," derse, hüküm yine böyledir, söz geçerlidir.

Bütün bu hükümler, istihsan deliline göredir. Kıyasa göre; kefil borçlunun borcunu inkar ettiğinde, bu borç, delille sabit olmadığı sürece kefil herhangi bir sorumluluk taşımaz. Daha önceden de açıklandığı gibi, ikrar özellikle ikrarda bulunan kişinin kendisi hakkında delildir. Borçlunun ikrarıyla sabit olan bir şey, kendisi aleyhine geçerli, başkası açısından ise geçersizdir. Fakat biz kıyası kefil olan kişinin, borçlu tarafından ikrarda bulunulacak şeye kefil olacağını veya sabit olan hakkın ne şekilde sabit olacağını sınırlamadan, mutlak olarak sabit olacak bütün haklara kefil olacağını bildirmesi yüzünden terkettik.

Eğer kefil; "o kişinin hakim kararıyla senin lehine sabit olacak borcuna kefilim," derse, hüküm yine böyledir. Ancak, böyle bir durumda hakim tarafından, borçlu aleyhine onun ikrarıyla hüküm verilmedikçe kefil borçtan sorumlu tutulmaz.
[20/17] Çünkü o, hakkında hakimin karar vereceği bir borca kefil olmuştur. Bu mal, borçlu aleyhine hakim kararıyla sabit duruma gelmeyince, kefillik için koşul koyulan nitelik gerçekleşmemiştir.

Bir kimse birisine "filan kimsedeki alacağına kefilim," derse, kefil olunan kişinin ikrarıyla sonradan sabit olan bir borca kefil olmuş olmaz. Çünkü kefillik anında o kişinin üzerinde var olan borca kefil olmuştur. Bundan sonra borçlu aleyhine sabit olacak borçlar, kefillik anında var olan ve kefil açısından sabit olduğu belli bir borç değildir. Çünkü ikrar, ikrarda bulunan açısından, bir çeşit haber vermedir. Başkası açısından yeni bir iddiadır. Bu durum, hasta bir kimsenin ikrarının, sağlıklı günlerindeki alacaklıları açısından durumu gibidir. Önceki bundan

farklıdır. Orada, kefil olan kişi gelecekte ikrar edeceği veya gelecekte sabit olacak veya gelecekte hakimin vereceği kararla sabit duruma gelecek borca kefil olmuştur. Burada borçlunun ikrarıyla sabit olur. Hatta kefil, "filan kimsenin senin lehine dün ikrar ettiği borca kefilim," borçlu da, "dün bin dirhem borcum olduğunu ikrar etmiştim," der, kefil olan kişi de bunu inkar ederse, herhangi bir şey ödemek zorunda değildir. Çünkü o, borçlunun geçmişte ikrar ettiği bir mala kefil olmuştur. Kefillikten sonra yapacağı ikrar, kefil olan kişi açısından bu borcun önceden de var olduğunu ortaya koyamaz. Çünkü böyle bir durumda borçlu töhmet altındadır. Dün ikrarda bulunduğunu delille ispat etmediği sürece, kefil onun adına herhangi bir ödeme yapmak zorunda değildir. Eğer iddiasını delille ispat ederse; delille ispat edilen bir şey, gözle görerek sabit olan bir şeymiş gibi geçerlilik kazanır.

Bir kişi, bir başkasına; "senin lehine ikrarda bulunacağı şeye kefilim," der, o kişinin kefillikten önce bin dirhem borç ikrar ettiğine dair delil getirilirse, kefil, ancak kefillikten sonra yapılan ikrarı üstlenir. Çünkü kullandığı bu söz, geçmişte yaptığı ikrarı değil, gelecekteki ikrarı içine alır. Sanki eserin yazarı (rh.a.) bu bölümü aradaki ilk farkı açıklamak için anmıştır.

Kefil, inkarcı (dâvalı) konumunda olan kişinin yeminden kaçınması nedeniyle hakim kararıyla ödenmesi gereken bir borcu üstlenmek ve ödemek zorunda değildir. Çünkü o, ikrar edilen bir borca kefil olmuştur. Yeminden kaçınmak ise Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bedeldir. İkrar değildir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre yeminden kaçınmak, kişiler arasındaki anlaşmazlıkları önleme, zorunluluğu nedeniyle ikrarın yerini alır. Ancak bu, kefil açısından değil, dâvalı ve dâvacı kişiler açısındandır. Kefil açısından ikrar gibi sayılamayacağına göre, kefil bundan sorumlu tutulamaz.

Birisi, köle aleyhine dâva açar, efendisi de onu mahkemede hazır edeceğine kefil olursa, bu kefillik geçerlidir. Çünkü efendi, teslim etme imkânına sahip olduğu bir şeye kefil olmuştur.

Bu konu, kişiyi mahkemede veya karşı tarafın huzurunda hazır etmekle ilgili kefillik konusunda geçerli olmaya, diğer konulardan daha uygundur. Çünkü efendinin, kendi mülkiyeti altında olması nedeniyle, kölesi üzerinde velilik hakkı vardır; dolayısıyla onu hazır etme imkânına sahiptir.

Yine efendi, mal ödemeye yönelik bir konuda kölesine kefil olursa, bu kefillik de geçerlidir. Çünkü köle, kendisinden mal istenmeye ehil bir kimsedir. Yabancı bir kişi, kendisine kefil olduğunda bu kefillik geçerlidir. Aynı şekilde efendisinin kefilliği de geçerlidir.

"Kölenin borcunun, sonuçta kölenin maddî değerinden ödenmesi gerekir. Kölenin maddî değeri de efendisinin mülkiyeti altındadır. Durum böyle olunca, bu kefillikten ne gibi bir yarar elde edilmektedir?" diye sorulursa; buna şöyle cevap

verilir: Bunun yararı, efendinin zimmetinin ya kefillik borcuyla ya da asıl borçla meşgul olacağı; bu paranın, efendinin diğer mallarından da ödenmesinin gerekip-gerekmeyeceğidir.

Bu hüküm, borç kefillikten önce sabit değilse böyledir. Eğer efendi, böyle bir durumda borcu öderse onu almak için kölesine başvuramaz. Ödemeyi, köle özgürlüğüne kavuştuktan sonra yapmış olsa da, köleyi yine kendisine borçlandıramaz. Bir efendi, kölesini kendisine borçlu duruma sokamaz. Daha önce de açıklandığı gibi, kefillik sırasında kefil, kefil olduğu kişiye hukuken başvuramıyorsa, daha sonra da başvuramaz. Onu kendisine borçlandıramaz.

Şayet bir köle alacaklısını, borcun ödenmesi ve borçtan kurtulmak için efendisine havale eder, efendisi ölür, geride köleden başka bir mal bırakmazsa; kölenin de yüklü miktarda borcu olsa bile, efendiye havale edilen kişi, yeniden
[20/18] köleye başvurabilir. Çünkü borçları karşılığında kölenin maddî değeri hak edilir. Efendi iflas etmiş durumda ölmüş, geride de yalnız böyle bir köle bırakmıştır. İnşallah yeri gelince de açıklanacağı gibi; Hanefî mezhebinin esas aldığı görüşe göre, kendisine havale yapılan kişi, iflas etmiş olarak ölürse, havale akdi sona erer. Havale akdi sona erince, havale edilen kişiye olan borç, yeniden köleye (asıl borçluya), döner. Onun borcu da, kölenin diğer borçlarıyla birlikte, kölenin maddî değerinde belli bir paya sahip olur.

Efendi, kölesinin borcuna kefil olur, daha sonra da alacaklı, kefil olan efendiyi borçtan aklarsa (ibra ederse); bu ibra, kefillik akdini bozma sayılır. Fakat asıl borçludan borcu düşürmez. Görmez misin bu borç, kefillikten önce, asıl borçlunun ödemesi gereken bir borçtu. Mal borcu, kefillik akdi bozulduktan sonra da yine asıl üzerinde kalır.

Bu durum, kefile yapılan bağıştan farklıdır. Çünkü bağış, bir malı bağışlanan kişinin mülkiyetine geçirmektir. Dolayısıyla, ancak borcun kefilin zimmetine aktarılmasıyla gerçekleştirebilir. Bu yüzden, asıl üzerindeki borcu da düşürür. Borçtan kurtarma (ibra) ise; her yönüyle borç düşürülmesi işlemidir. Bir borcun aslının bırakılarak, onun kefilden istenme hakkının düşürülmesi geçerlidir. Dolayısıyla kefili borçtan kurtarmak artık borcun ondan istemesi hakkını düşürmektir. Asıl üzerindeki borç ise, eskiden olduğu gibi sabit kalır. Şayet alacaklı köleyi borçtan aklarsa (ibra ederse), köle ve efendi her ikisi de borçtan kurtulurlar. Çünkü asılı borçtan aklama, borcun aslını düşürmektir. Bu da zorunlu olarak kefilin beraatını gerektirir.

Bir efendi, kölesinin kendisine ve borcuna kefil olur, ticaretle uğraşan köle de ortada olmazsa, kefil olduğu için efendiden onu getirmesi istenir. Köle hazır oluncaya kadar, onun borcu konusunda dâvada taraf olamaz. Onun, borçlu olduğuna karar verilirse; efendi, onun bu borcunu üstlenmek zorundadır. Çünkü köle aleyhine sabit olacak borca kefil olmuştur. Hakim huzurunda hazır olup da

hakim karar vermediği sürece, köle üzerinde borç yükümlülüğü gerçekleşmez. Borç sabit olmadığı sürece, efendisinin bu konuda kefilliği geçerli olmadığı gibi dâvada taraf da değildir.

Bu meselenin bir benzeri de, özgür kimse ile ilgili olarak anılmıştır. Borcu olsun veya olmasın kölede de durum aynıdır. Çünkü efendi kefil olmadığı sürece, kölesinin borcu konusunda mahkemede taraf olamaz.

Bir kimsenin, ticaretle uğraşan bir kölede bin dirhem alacağı, başka bir kimseye de bin dirhem borcu olsa ve bu borcunu köleye havale etse, yahut da onun emriyle bu paraya köle kefil olsa, havale ve kefillik geçerlidir. Çünkü köle, bu durumda yükümlü olmadığı bir borç üstlenmemiş, zaten sorumlu olduğu borcu üstlenmiştir. Dolayısıyla bu üstlenmede, bağış anlamı bulunamaz.

Aynı şekilde, çocuğun vasîsi de, borç alarak çocuğun nafakası için harcar, daha sonra da çocuğa bu borca kefil olmasını emrederse, bu kefillik de geçerlidir. Çünkü bu yeni bir borç yüklemek değil, zaten üzerinde olan bir mal borcunun üstlenilmesidir. Burada da, hüküm aynıdır. Gerçekte bu; kölenin alacaklısının kendisine olan borcunu, alacaklısına vermesini emretmesi veya köleden alacağını tahsil etmesi konusunda alacaklısını vekil etmesidir. Kendisi bizzat alacağını isteme hakkına sahip olduğu gibi, başkasını vekil etme hakkına da sahiptir. Görmez misin kendisine emir veren bu kişinin malı, eşya cinsinden olup, kölenin elinde olduğu gibi duruyor olsa ve ona bu malı, alacaklısına teslim etmesini emretse; bu emir, geçerli ve yapılan işlem doğrudur. Alacak, mal olmayıp da zimmette borç olduğunda da hüküm yine böyledir.

Bir kimse, kısıtlı durumdaki bir köleyi mahkemede hazır etmeye onun isteğiyle kefil olsa, kefil olan kişi, kefilliğinden sorumludur. Çünkü köle, yükümlü bir kimsedir. Karşısındakine karşı taraf olması, gerekli cevapların kendisinden alınması için kölenin mahkemede hazır edilmesi, kazanılmış bir haktır. Bunu yerine getirmek, efendinin üzerindeki hakkı nedeniyle gecikir. Dolayısıyla, borca kefillik gibi, bu konuda kişiye kefil olmak da geçerlidir.

Kısıtlı durumda olan bir köle, birisine mal borcunun olduğunu ikrar etse, daha sonra da birisi, ona bu konuda kefil olsa, kefillik geçerlidir. Kefil olan bu kişi özgürlüğüne kavuşmadığı sürece kefil olup ödediği mal için köleyi kovuşturamaz. Nitekim asıl alacaklı da, özgürlüğüne kavuşuncaya kadar köleyi kovuşturamaz. Ne zaman özgürlüğüne kavuşursa o zaman, kefillik sorumluluğundan kurtulmak için kefilliğin gereğini yerine getirmek üzere köleyi kovuşturur. Çünkü kendisinden bunu, köle istemiştir. Bir kölenin isteği kendisi açısından geçerlidir. Özgürlüğüne kavuştuktan sonra bunun sorumluluğunu yerine getirmesi istenir. [20/19]

Efendisiyle özgür olma anlaşması yapan (mükâteb) bir kölenin, birisine borcu olup, bir başkası da onun bu borcuna kefil olsa bu kefillik geçerlidir.

Mükâteb[8] bir kölenin kendisinin, birisinin kendisine veya borcuna kefilliği, bundan farklıdır. Çünkü kefillik, bir bağış akdi veya iyilik yapma sayılır. Bu ise teberrû değildir. Çünkü bu, esasen kendisini ödemek zorunda bıraktığı bir borçtur. İlk alacaklısına ödemesi ile, kendisine kefil olan kişiye ödemesi arasında bir fark yoktur. Bu nedenle de, kefillik geçerlidir.

Mükâteb olan bir kimse, üzerindeki bir borç için sahibi olduğu kölesinden kendisine kefil olmasını istese, kefillik geçerlidir. Çünkü mükâtep bir köle, yükümlülük alabilir. Bu borç, onun kazancından verilir. Kendi kölesi de, kazancından sayılır. Bu kefillik, zaten hak edilmiş olan bir borca kefilliktir. Kölesine, başka birisi için kefil olmasını emretmesi, bundan farklıdır. Bu, bağış yoluyla yapılan ve önceden yükümlü olunmayan bir borcun üstlenilmesidir. Böyle bir borç üstlenmesini mükâtep kölenin kendisi yapamaz. Dolayısıyla, kölesine emretme yetkisine de sahip değildir.

Bir kimse, para vermeden mükâtep veya ticaretle uğraşan bir köleden kendisi için belli bir malı satın almasını istese, köle de satın alsa, kıyasa göre bu alım, emir veren kişi adına değil, köle adına gerçekleşmiş olur. Çünkü emir veren adına satın alınan bu malın bedelini, zimmetinde üstlenen odur. Bu da, kefilliğin bir benzeridir. Görmez misin bu kişi, köleye malı veresiye satın almasını emretse, alım akdi geçersizdir. Peşin alımda da hüküm yine böyledir.

İstihsana göre ise, bu alım geçerlidir. Çünkü bu tür alımlar, ticaretle uğraşan kişilerin yaptığı işlemlerdendir. Bu durumda köle, kendisine havale yapılan bir kişi konumundadır. Başkasına yardım etmeyen bir kişinin, kendisine de yardım edilmez. Sonra, kendisine emir veren kişiden para alınıncaya kadar, satın alınan mal onun elindedir. Kefillik ve vâdeli alımda ise durum farklıdır. Bu konu, vekillikle ilgili bölümde açıklanmıştı.

İbrâhim en-Nehaî (rh.a.)'den nakledildiğine göre; bir kimsenin, efendisiyle özgür olma anlaşması yapan bir köleye, özgür olma akdi konusunda efendisi lehine kefilliği, geçerli değildir. Biz de, bu görüşü benimsiyoruz. Çünkü âzâdlık anlaşması yapan da, sonuçta köledir. Bir efendi, kölesini kendisine borçlandıramaz.

Diğer yandan, kölesiyle özgür kılma anlaşması yapan bir efendinin, anlaşma yaptığı köleyi borçlandırışı, öyle bir borçlandırmadır ki, onun niteliklerinin kefil tarafından gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Çünkü mükâtep köle, ödeme yapamayacağını, bedeli ödemekten âciz olduğunu bildirerek, üzerindeki mal borcunu düşürme imkânına sahiptir. Bunun ispatı vekil ve kefil olan kişide, bu niteliklerle bulunması mümkün değildir. Şayet aynı imkânın kefilin zimmetinde de

---

[8] **Mükâteb / المكاتب**: Özgür olmak için sahibi ile belli bir meblağ sağlamak ve getirmek üzere sözleşme yapan köle. Yapılan sözleşmeye de "kitâbet akdi" veya "mükâtebe akdi" denir.

var olduğunu kabul edersek, asılın zimmetindeki borca ilave bir hüküm getirmiş oluruz ki bu, geçerli değildir.

Efendinin, mükâteb kölesinde anlaşma gereği olan alacağından başka bir alacağı varsa ve birisi buna kefil olmuşsa, daha önceden belirtilen hukukî anlamlar onda da olduğu için, bu kefillik de, geçersizdir. Mükâtep bir köle, anlaşma bedelinden âciz olduğunu bildirirse, üzerindeki anlaşma bedeli düştüğü gibi, efendiye olan diğer borçları da düşer.

Bunun gibi; bir kimsenin, iki mükâtep kölesi ayrı ayrı, anlaşma yapsa, onlardan her biri arkadaşının efendiye olan anlaşma borcuna veya başka bir borca kefil olsa, böyle bir kefillik de geçersizdir. Çünkü bu kefillik de, sonuçta mükâtep bir köle tarafından verilen bir kefilliktir. Mükâteb bir köleye, efendi lehine kefillik verilmesi geçersizdir. Bilindiği gibi, özgür bir kimsenin bu şekildeki bir kefilliği de, geçersizdir. Mükâteb bir kölenin geçersiz oluşu ise, daha da uygundur.

İki köle, efendiyle tek bir anlaşma yapmış olsa, her ikisinin anlaşma bedeli tek bir bedel olup, onu birlikte ödediklerinde özgürlüklerine kavuşacak, ödeyemeyip âciz düştüklerinde köleliğe dönecek olsalar; istihsana göre bu anlaşma, geçerlidir. Kıyasa göre ise, geçersizdir. Çünkü bu da, mükâteb köleye kefil olma anlamı taşır. Sonuçta özgür kılma anlaşması bedelini ödemeye kefilliktir.

Ancak Muhammed (rh.a.), bu konuda istihsan delilini almış ve şöyle demiştir: **[20/20]**
Bu durumda efendi, her iki köleyi hüküm açısından bir kişi gibi kabul etmiş, sanki bütün borcu bunlardan birisine yüklemiş, daha sonra da arkadaşının özgürlüğünü onun bu ödemesine bağlamıştır. Efendinin, bu yetkisi vardır. Onun için, kölelerden her birinden, anlaşma bedelinin tamamını alma hakkı vardır. Ancak bu ödeme, kölelerin kendi arasında ayrı ayrı haklardır. Birisi bu bedelin hepsini efendiye öderse, ödediği paranın yarısını almak için arkadaşına başvurabilir. Efendi açısından ise, kölelerin ödemekle yükümlü olduğu mal, bir tek mal gibidir. Hatta içlerinden birisi, bedelden kendi payına düşeni ödese, özgürlüğüne kavuşamaz. Çünkü efendi, bütün bedel kendisine ulaşmadığı sürece, ne ikisinin ne de içlerinden birisinin özgür olmasına rıza göstermiştir. (Hepsi de efendiye karşı ortaklaşa ve zincirleme sorumlu durumdadırlar.)

Şayet efendi, bu kölelerden birine arada özgür kılma (kitâbet) anlaşması yapıldıktan sonra borç verir, diğer köle de bu borca kefil olursa, bu kefillik geçerli değildir. Çünkü diğer kölenin bu borçla ilgisi yoktur; özgürlüğüne kavuşması da bu borcun ödenmesine bağlı değildir. Dolayısıyla, böyle bir kefillik, bağış yoluyla bir borç üstlenmesi sayılır. Sonra bu kefillik, efendisiyle özgür olma anlaşması yapan bir köleden dolayı, efendi lehine üstlenilen bir yükümlülüktür. Bu da, öncekinden farklı olarak geçersiz bir kefilliktir. Çünkü öncekinde özgürlüğüne kavuşması, bu malın ödenmesine bağlıydı. Dolayısıyla zaten ödemesi gereken bir borcu üstlenmiş olması geçerlidir.

Mükâteb bir kölenin birisinde alacağı olsa ve o kişiden bu parayı efendisine anlaşma bedeli için veya başka bir borcuna ödemek üzere kefil olmasını istese, bu kefillik geçerlidir. Çünkü bu malın aslını kefil olan kişi zaten ödemek zorundadır. Gerçekte bu, kendisine olan borcun, ondan efendiye ödenmesini istemek veya efendisine alacaklısından alacağını tahsil etmeye vekil atamaktır. Bu doğru, yerinde bir davranıştır.

Şayet efendinin kendisiyle özgür kılma (kitâbet) anlaşması yaptığı kölesinin çocuğunda veya yakınlarından birinde, ya da kölesinde alacağı olsa, mükâtep köle de bu borca kefil olsa, kefillik geçerli değildir. Çünkü özgür olma anlaşması yapan bir kölenin anlaşmasına dahil olan kişiler de, efendinin anlaşmalı köleleri sayılırlar. Bir kimsenin, kendi efendisi lehine mükâteb köleye kefilliği geçersizdir. Anlaşmaya dahil olmayan kişiler de, anlaşmalı kölenin kölesidir. Bir efendinin anlaşmalı kölesinin kölesindeki alacağı, anlaşmalı kölesindeki alacağı gibidir. Çünkü her birinin anlaşması, anlaşma yapan kölenin anlaşma bedelini ödeyemeyip acze düşmesiyle, düşer.

Efendi lehine, anlaşmalı kölesindeki alacağı için kefil olmak geçersiz olduğu gibi, anlaşmalı kölesinin kölesindeki alacağı için kefillik de geçersizdir. Anlaşmalı bir köle, kendi kölesine veya ümmü veledine kefil olursa, bu kefillik geçerlidir. Çünkü bunların kazancı ve kendi kişilerinin hükmü de, anlaşmalı köle gibidir. Görmez misin mükâtep köle, anlaşma bedelini ödediğinde bunlar üzerindeki mülkiyeti kesinlik kazanır. Dolayısıyla kendi mülkiyeti altındaki birinin borcu, onun kendi borcu gibidir. Buradan da anlaşılıyor ki; mükâteb köle, bu kefillikle, yükümlü olmadığı bir borcu bağış yoluyla üstlenmiş değildir.

Şayet oğluna veya ana ve babasından birine kefil olursa, kefillik geçerli değildir. Eğer bunlar özgür kimselerse, hükmün böyle olacağı zaten bellidir. Eğer mükâtebe akdinin içinde iseler; bu kişi de, efendi açısından anlaşmalı köle gibidir. Görmez misin, anlaşma bedelinin ödenmesiyle, anlaşmalı köle gibi onlar da özgürlüğüne kavuşurlar. Bu ödeme, hemen yapılsa bile, mükâteb kölenin kendi kefillik ve bağışları geçersiz olduğu gibi, bunların da kefillik ve bağışları geçersizdir.

İki mükâteb köleden birisinin diğerine kefilliği, efendileri aynı kişi olsa bile geçersizdir.

Mükâteb kölenin efendisi vefat etse ve bir adam kölenin anlaşma bedeli için veya başka bir nedenle olan borcu için efendinin mirasçıları lehine kefil olsa, bu kefillik geçersizdir. Çünkü mirasçılar, mirasçısı oldukları kişinin yerini alırlar. Nasıl bu kişinin, miras bırakan kişi hayatta iken onun lehine köleye kefilliği geçersizse, ölümünden sonra mirasçıları için kefilliği de geçersizdir.

"Mirasçı olan bir kimse, mükâteb bir kölenin kendisine sahip olamaz; niçin ona kefilliği geçersiz olsun?" denilirse; buna cevap olarak şöyle deriz: Mirasçı da bir çeşit mülkiyet sahibidir. Nitekim mükâtep anlaşma bedelini ödeyemeyip aczini

[20/21]

bildirirse, onun mülkiyeti altına girer. Yine buradaki kefilliğe engel, bu borcun asıl borçlu üzerinde zayıf bir borç oluşudur. Öyle ki, ödeyemeyeceğini, âciz olduğunu bildirdiği an üzerinden düşer. Bu açıdan efendi ile, onun ölümünden sonra mirasçısı arasında herhangi bir fark yoktur.

Şayet mükâteb bir kölenin, mirasçılardan birinde alacağı olsa, bir başkası da bu borca veya borçluyu mahkemeye getirmeye kefil olsa, kefillik geçerlidir. Çünkü asıl borçlu, her durumda bu borcu vermekle yükümlüdür. Dolayısıyla bir kefilin böyle bir borca kefil olması geçerlidir. Görmez misin bu borç, efendinin mükâteb köleye borcu olsaydı, mükâtebe akdi bedeli cinsinden olmazdı. Böyle bir borç için, birisi köle lehine efendiye kefil olsa, o kefillik geçerliydi. Efendinin ölümünden sonra mirasçının borcunun durumu da böyledir.

Ticaretle uğraşan ve borcu olmayan bir köle, efendisine borç verse ve ondan bu borç için kefil alsa, kefillik geçersizdir. Çünkü borcu olmayan bir köle, efendisini kendisine borçlandıramaz. Efendisindeki bu alacak, onun kazancıdır. Kölenin kazancı da efendisine aittir. Kim zimmetindeki borca sahip olursa, bu borç üzerinden düşer.

Eğer kölenin borcu varsa, kefillik geçerlidir. Çünkü borçlu bir kölenin kazancı, alacaklılarının hakkıdır. Başkasının zimmetinde ödenmesi gereken bir borç olarak kaldığı gibi, efendinin zimmetinde de ödenmesi gereken bir borç olarak kalır. Bu nedenle efendinin bu borcuna kefillik geçerlidir.

Bu konuda kişiye kefillik de, mala kefillik gibidir. Çünkü kölenin borcu yoksa, efendiye karşı böyle bir alacakta dâvalı olup mahkemeleşemeyeceğinden mahkemede cevap için hazır edilme zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla, kişiye kefillik geçersizdir.

Şayet kölenin borcu varsa, bu durumda efendisinin mahkemede hazır bulunmasını isteme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, kefillik yoluyla hazır olmaya zorlanması da geçerlidir. Aynı şekilde, borçlu olan bir kölenin, efendiyi hazır etmeye kefil olan bu kişiden, ona yönelik dâvacı olduğu konuda, dâva vekili istemesi geçerlidir. Çünkü efendi, köle ile dâvacı/dâvalı olmak ve ona mahkemede cevap vermek zorunda ise, kendisi için vekil ataması geçerlidir. Eğer kölenin borcu yoksa o zaman kefillik geçersizdir. Çünkü bu durumda efendi, onunla dâvacı/dâvalı olmak zorunda değildir. Aynı şekilde vekili de, onun adına dâvacı/dâvalı olmak ve cevap vermek zorunda değildir. Çünkü borcu olmayan bir kölenin kazancı, efendiye aittir. Böyle bir vekil ataması, köleyi kendisiyle dâvacı/dâvalı olmaya vekil ataması gibi olur. Bu da geçersizdir.

Eğer vekil, efendiyi mahkemede hazır etmeye ve yüz dirhem borcuna malî kefil olursa, ondan alınacak bu yüz dirhemin paylaşımı, daha önce açıklandığı gibi yapılır. Böyle bir durumda, köle borçlu iken efendi ölürse, kefillik geçerli olduğu için, köle, alacağı malı kefilden alma hakkına sahiptir. Kefil de, ödediği borç için

efendinin terekesine başvurur. Çünkü efendinin isteğiyle ona kefil olmuş ve ödemeyi yapmıştır.

Şayet efendi çocuksa ve babası veya vasîsi tarafından kölesine ticaret yapma izni verilmiş, daha sonra çocuk, borçlu durumdaki kölesine ait bir malın telefine neden olmuşsa, aynı şekilde bu malı, sanki kölenin alacaklısının malı telef edilmiş gibi, ödemek zorundadır. Babasının veya vasîsinin rızasıyla ondan bu mal için kefil alırsa, bu kefillik geçerlidir. Çünkü bu, ödemesi gereken bir borçtur; efendi veya vasîsine bu parayı çocuğun malından ödemesi emredilir. Dolayısıyla kefilin kefilliği de geçerlidir. Şayet kefillik, babanın veya vasînin isteğiyle olmuşsa, kefil ödeme yaptığında ona başvurur.

Bir kimse, borçlu durumdaki kölenin, efendideki alacağı için, köle lehine efendiye kefil olur, bu arada köle de borcunu öderse, kefil olan kişi, kefillik yükümlülüğünden kurtulur. Çünkü bu kefilliğin geçerli oluşu, kölenin borcu dikkate alındığı içindi. Kölenin üzerinde borç kalmayınca kefillik de son bulur. Çünkü borç düşerse, bu kefilliğin dayandığı hukûkî anlam da ortadan kalkar. Köle borcunu ödemeden önce özgürlüğüne kavuşur, daha sonra da özgür iken
[20/22] kazandığı parayla bu borcu öderse, kefilden kölelikteki bu borç istenebilir. Çünkü borçlu durumdaki bir köle, özgürlüğüne kavuştuktan sonra kazandığı parayla bu borcu ödemişse, esas olan o kölenin bu borcu bağış niyetiyle ödemediğidir. Ödediği parayı almak için, özgürlüğüne kavuşmadan önce kazandığı paraya başvurması gerekir. Özgürlüğüne kavuşmadan önceki kazancı da, efendi üzerinde borç olarak durmaktadır. Bu borç efendiden düşmediği sürece, kefilin kefilliği devam eder. Eğer kölelik sırasında elde ettiği kazançtan bu borcu öderse, kefil olan kişi kefillik sorumluluğundan kurtulur.

Çünkü bu durumda ödediği parayı almak için, kölenin kazancına başvuramayacaktır. Efendinin zimmetinde olan para, artık onun hakkıdır. Kölenin borçtan kurtulmasıyla, efendinin üzerindeki borç da düşer. Asıl borçtan kurtulması, kefili yükümlülükten kurtarır. Aynı şekilde, borcunu köleliğinin devamı sırasında öderse, efendinin zimmetinde olan para artık onun öz malı durumuna gelir; borçluluk durumu sona erer. Onun borçtan kurtulması, kefili de borçtan kurtarır.

Bir kimse, mükâteb bir köle lehine, efendisinin kendisine veya borcuna kefil olursa, bu kefillik geçerlidir. Çünkü mükâteb kölenin kazancı konusunda efendiye kefillik, borçlu kölenin kazancındaki kefillikten daha geçerlidir. Önceden borçlu durumda olan bir köle lehine, efendiye kefilliğin geçerli olduğu açıklanmıştı. Mükâteb köle lehine kefil olunması ise, öncelikle geçerlidir.

Bir kimse mükâtep kölenin lehine, efendisini mahkemeye getirmek ve onun için sabit olacak borcuna kefil olsa veya onu kendisine kefil ve dâvaya vekil etse, durum yine aynıdır. Çünkü; efendi lehine mükâtep köleye kefil olmak, bundan farklıdır. Efendinin mükâteb köledeki alacağı, güçlü değildir. Mükâteb köle,

anlaşma bedelini ödemeyip aczini bildirirse bu, borcu düşürür. Mükâteb kölenin efendisindeki alacağı ise güçlüdür. Efendi bu borcu ancak ödeyerek düşürebilir. Onun için de, böyle bir borca kefillik geçerlidir.

Aynı şekilde mükâteb kölenin, oğlu veya daha uzak bir akrabasına olan borcu için efendiye kefil olunduğunda da hüküm böyledir. Mükâteb bir kölenin oğlu, mükâteb kölenin kendisi gibidir. Çünkü mükâteb kölenin anlaşmasına dahil olan bir kimse de, efendinin anlaşmalı kölesi sayılır.

Bir bölümü özgür olduktan sonra, kalan bölümün değeri karşılığı çalışan bir köle, mükâteb köle gibidir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre; böyle bir köleye efendi lehine, ne ödemeye çalıştığı para için, ne de kendisi için, kefil olunabilir.

Eğer denilirse ki: "Kölenin, özgür olma anlaşmasının bir gereği olarak efendiye olan borcuna kefilliğin geçersizliğinin nedeni, anlaşma yapan kölenin bu borcu, ödeyemeyeceğini bildirmesi durumunda düşeceğinden dolayı zayıflığıdır. Bu hukûkî gerekçe, çalışmada yoktur. Bir köle âciz olduğunu, çalışamayacağını söyleyerek üzerindeki çalışma zorunluluğunu düşüremez. Kendi kendisini âciz de ilân edemez. Dolayısıyla, kefilliğin geçerli olması gerekir." Buna cevap olarak şöyle denir: Aksine borcun zayıf oluşuna neden, özgür olma anlaşması yapan kişinin köle oluşudur. Efendinin borcu, kölenin zimmetinde güçlü bir şekilde yer alamaz. Çünkü bir kölenin, efendisi hakkında güçlü bir zimmeti yoktur. Aynı hukûkî gerekçe burada da vardır.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, borcunu ödemek için çalışan bir köle, mükâteb köle gibidir. Çünkü ona göre, kölelik niteliği bölünebilir. Çalışılması gereken bölüm için çalışıp onun parasını ödemediği sürece özgürlüğünü tam olarak elde edemez.

Efendinin ölmesi durumunda da böyledir. Kölenin bütününün, terekenin üçte birinden özgür kılınması mümkün değilse, kalan bölüm için çalışması gerekir. Bu çalışma, kölenin özgür olma anlaşması gereği anlaşma bedelini ödemek için çalışması gibidir. Ancak bedel ödendiğinde özgürlüğüne kavuşur. Dolayısıyla, efendi lehine böyle bir borç konusunda köleye kefillik geçerli değildir.

Bir kimsenin mal karşılığı kölesini özgür etmesi ve birisinin de bu mala efendi lehine kefil olması, bundan farklıdır. Bu durumda kefillik geçerlidir. Çünkü burada yapılan teklifi kabulle köle özgür olmuş; bu mal, diğer borçlar gibi özgürlüğüne kavuşan kölenin zimmetinde güçlü bir borç olarak kalmıştır. Kalan bedelini ödemek için çalışan köle ise, ödemeyi tamamlamadığı sürece özgürlüğüne kavuşamaz. Dolayısıyla mal, güçlü bir şekilde ödenmesi gereken bir borç olarak zimmetinde kalamaz. [20/23]

Bu şundan dolayıdır: Bir köleyi özgür kılmak, bir nevi ona iyilik / ihsan / sıladır. Ödendiğinde özgür olmayı gerektiren veya ödenmesiyle özgürlüğün elde edilmesine neden olan her mal, böyle bir iyilik anlamı taşır. Bu mala kefillik

geçersizdir. Özgürlüğe kavuşulduktan sonra ödenmesi gereken malda ise, böyle bir ihsan anlamı yoktur. Dolayısıyla ona kefillik geçerlidir.

Ticaretle uğraşan bir köle, iki kişi arasında ortak bir köleyse ve efendilerinden birisi ona borç vermiş ve bu borca yahut da köleyi hazır etmeye ondan kefil almışsa, bu kefillik geçerlidir. Ancak, böyle bir kefalette, kefil olan kişi ancak malın yarısını ödemekle yükümlüdür. Çünkü kefillik akdiyle kefil olan kişinin üzerine gereken, asıl borçlu olan kölenin ödemekle yükümlü olduğu malın yarısıdır. Çünkü alacaklı olan efendinin kendine düşen payı, ödemek zorunda değildir. Bir efendi, kölesini kendisine borçlandıramaz. Borçlanma, diğer efendinin payı kadar gerçekleşir. Bu da, malın yarısıdır. Dolayısıyla kefil de, bunu ödemekle yükümlüdür.

Bunun bir benzeri olarak, köle efendilerinden birine borç verir ve ondan kendisine veya borcuna kefil alırsa bu kefillik de geçerlidir. Eğer köle borçlu durumdaysa, kefil olan kişiden, kefilliğin gereğini yerine getirmesi istenebilir. Çünkü burada köleye olan bütün borç, onun yarısına sahip olan efendinindir. Bu para, efendiye ait değildir. Diğer yarı da, kölenin borcunun bulunması yüzünden efendiye ait sayılamaz.

Şayet kölenin borcu yoksa, efendi üzerine ancak diğer efendiye ait olan payın karşılığı, borcun yarısı sabit olur. Kölenin kazancındaki paya gelince; bu, bütünüyle kendi hakkıdır; burada da bu malın yarısı için köle lehine kefillik geçerlidir. Diğer yarısı içinse geçerli değildir.

Efendinin mufâvada (bütün koşullarda eşit) ortağının durumu da böyledir. O da, köleye borç verse ve ondan kendisi veya borcu için kefil alsa, bu kefillik de geçerlidir. Ancak borçtan, efendinin mülkiyeti kadar olan ve onun payına düşen yarı çıkarılır. Asıl üzerinden düşen borç, aynı oranda kefil üzerinden de düşer.

Eğer efendinin inan[9] ortaklığında bir ortağı varsa, köleye borç vermiş ve ondan kendisini hazır etmeye veya borcuna kefil almışsa, bu kefillik de geçerlidir. Çünkü inan şirketi ortakları, şirkete ait olmayan mallar konusunda birbirlerine karşı yabancı gibidirler. Dolayısıyla, köledeki bütün alacağını alma hakkı vardır. Bu borcun bütününe kefillik geçerlidir.

Şayet iki efendinin her ikisi de, köleyi aynı oranda, bir akit ve bir ticârî işleme dayalı borçlandırsalar; ondan borca veya kendisine kefil alsalar, kefillik geçerlidir. Ancak, kefil olunan bedelden her bir efendinin payı kadar düşürülür. Çünkü bir kimse, kendi mülkiyeti altında olan birini kendisine borçlandıramaz. Asıldan ne kadar borç düşmüşse, kefilden de o kadar borç düşer.

---

[9] **İnan ortaklığı:** Ticaret gibi bir maksatla iki veya daha fazla kimse tarafından sermaye konularak kurulan şirket. Bu tür şirkette ortaklar arasında tam eşitlik şartı aranmaz; birinin payı diğerinkinden fazla ya da az olabilir. İnân ortaklığında ortaklar birbirlerinin sadece vekilidirler. Bununla birlikte şirketin gerçekleştirildiği sırada kefâlet şart koşulursa ortaklar birbirinin kefili de olurlar.

Eğer köle, iki efendisine borç vermiş ve onlardan bu borç için kefil almışsa, bu kefillik de geçerlidir. Ancak, her bir kefillik sorumluluğundan borcun yarısı düşürülür. Çünkü kölenin borcu olmadığında, kölenin kazancının yarısı, tamamıyla bu ortakların her ikisinin de malıdır.

Bir kölenin birisinde alacağı olsa ve efendilerinden biri bu borca veya kişiyi mahkemede hazır etmeye kefil olsa, kefillik geçerlidir. Eğer kölenin borcu varsa, efendiden kefil olduğu bu borcun bütünü istenir. Çünkü borçlu kölenin kazancı, alacaklılarının hakkıdır. Bu durumda, iki efendisi de ona karşı üçüncü kişiler gibidir.

Şayet borcu yoksa, kefil olan efendiden, borcun yarısı istenir. Çünkü kölenin yarısı, kefil olan efendiye aittir. Kefillik yoluyla kendi kendine ödeme yapması gerekmez. Bu yüzden, ondan ancak diğer efendisinin payı kadarına kefil olmasını isteyebilir.

Şayet köleye, her iki efendisi de, onun için borca kefil olur ve her iki efendi de arkadaşının borcuna kefil olduğunu söylerse; bu durumda, eğer kölenin borcu varsa, bu kefillik geçerlidir. Çünkü böyle bir durumda, efendilerden birisi kefil olduğunda kefillik geçerlidir. Her ikisi kefil olduğunda da, hüküm böyledir. Çünkü her iki efendi de, borçlu kölelerinin kazancı konusunda yabancı gibidirler. Hangisi **[20/24]**
köleye malı öderse, ödediğinin yarısını almak için diğer ortağına başvurur. Çünkü onlar kefilliğin aslında eşit oldukları gibi, kefillik yükünü paylaşmada da eşit olurlar.

Şayet kölenin borcu yoksa, sorumlu oldukları borcun yarısı düşer. Çünkü bu durumda onların her biri, kölenin yarı kazancının sahibidirler. Bir kişi, kendisi lehine kendisine kefil olamaz. Bu yüzden, borcun yarısının sorumluluğu üzerlerinden düşer. Ortaklardan biri, diğer ortağına karşı kefil olamaz. Çünkü ortaklardan her biri, kefil olduğu borcun aslı dikkate alındığında, diğer ortak arkadaşına kefil olmaktadır. İki ortaktan birinin diğer arkadaşına bu şekilde kefilliği, geçerli değildir. Çünkü sonuçta kendi kendisine kefil olmuş olur ki, bu da geçersizdir.

Zımmînin zımmîye kefilliği

Müslümanın Müslümana kefilliğinin geçerli olduğu bir konuda, [Müslümanın zimmîye, zimmînin Müslümana,] zimmînin zimmîye [kefaleti][10] de geçerlidir. Çünkü kefillik akdi, dünya hayatına yönelik işlemler cinsindendir. İslâm ülkesi vatandaşı olan gayri müslimler (zimmîler), bu çeşit işlemlerde Müslümanlarla eşit haklara sahiptirler.

Bir zimmîye şarap borcu olanın sonra Müslüman olması

Zimmî olan bir kimse, zimmî birisi lehine, yine zimmî olan birine borç alınan, gasbedilen veya tüketilip telef edilen bir şarap konusunda kefil olsa, kefillik geçerlidir. Çünkü şarap, onlara göre maddî değeri olan, geçerli bir maldır. Zimmîlerden alacaklı durumda olan kişi, Müslüman olsa; içki borcu, asıl kişi

[10] Matbu nüshada "Müslümanın zimmiye, zimminin Müslümana" ifadeleri metinde yoktur. Yazma nüshaya başvurularak bu ifadeler yazma nüshadan tamamlanmıştır. Bkz. Süleymaniye Kütüphanesi Damat İbrahim Paşa nüshası No: 650. Varak. 264/a.

üzerinden düştüğü gibi, kefil üzerinden de bedelsiz olarak düşer. Çünkü Müslüman birisi, baştan böyle bir nedene dayalı olarak hiç kimseden ne içki, ne de değerini alacaklı olabilir. Önceden alacaklı iken, Müslüman olduktan sonra onun bu alacağı devam edemez. Onun Müslüman oluşu, hem asılı hem de kefili borcundan aklama (ibra) sayılır.

Şayet borçlu kişi Müslüman olursa, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre hüküm yine böyledir.

Muhammed (rh.a.)'e göre, Müslüman olmuş borçlu kişinin şarabın değerini ödemesi gerekir; kefil olan kişinin kefilliği de, devam eder. Bu görüş, aynı zamanda Züfer (rh.a.)'in naklidir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) aksi görüştedir. Çünkü borçlunun Müslüman oluşu, başlangıçta zimmî birisine şarap borcunun olmasına engel değildir. Görmez misin Müslüman bir kimse, zimmî birisinin şarabını telef etse veya ondan ödünç şarap alıp yitirilmesine neden olsa, şarabın değerini ödemekle yükümlüdür. Tıpkı bunun gibi zimmîye olan borç, Müslüman olan kişi üzerinde kalır. Alacaklı olan kişinin Müslüman oluşunu, borçtan aklama (ibra) gibi kabul ettik. Borçlunun Müslüman oluşunu, ibra gibi kabul etmek mümkün değildir. Çünkü bir kişi, kendi kendisini ibra edip, borçtan kurtaramaz. Asıl borçlu olan kişi, borçtan kurtulamadığına göre, kefil de kefillik yükümlülüğünden kurtulamaz.

Bu durumda alacaklı muhayyerdir: Dilerse, şarabın değeri olan parayı almak için asıla; dilerse, şarabın dengini almak için kefile başvurur. Daha sonra kefil, verdiği şarabın değerini almak için, eğer onun isteğiyle kefil olmuşsa, asıla başvurur.

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşünün açıklaması şöyledir: Ödünç alınanın (karzın) bedeli olan şarap, borçlunun Müslüman olmasıyla düştüğünde, alacaklı olan kişinin Müslüman olması durumunda olduğu gibi, yerini hiçbir bedele terketmeden düşer. Bu düşmedeki hukûkî gerekçe olan anlam, alacaklı olan kişinin bu alacağını almaya kalkıştığında, alacağının borçlunun zimmetindeki şarap oluşudur. Bir Müslümanın da ivaz / bedel karşılığı şaraba sahip olması câiz değildir. Dolayısıyla, böyle bir mülkiyet temelden düşer. Çünkü ne zaman bedel sorumluluğundan kurtulma hakkı, kendisine bedel olunan şeye sahip olma koşuluna bağlıysa ve bu koşul da gerçekleşemiyorsa; bu borç, temelden düşer.

Nitekim bir kimse, bir başkasına ait gümüş bir bileziği kırsa; bilezik sahibi, bu kişiye bileziğin değerini, kıran kırılan bileziğe sahip olması koşuluyla onunla aynı cins olmayan bir başka paradan, ödettirme hakkına sahiptir. Eğer ezilen, bileziği ona farklı parayla ödeyemiyorsa, ondan aynı cinsten tazminat vermesini isteme hakkı da yoktur.

Borçlunun borçlanma veya malı telef sırasında Müslüman olmasıysa, bundan farklıdır. Böyle bir durumda içki, o kişinin zimmetinde baştan borç olarak kalamaz.

Ödenmesi gereken o içkinin değeridir; değerinin ödenmesi için de bu değer karşılığında içkinin mülkiyete girme koşulu yoktur. Nitekim müdebber bir köleyi kaçırarak gasbeden ve ölümüne neden olan birisi, yapacağı ödeme karşılığı müdebber köleye sahip olamasa da, onun değerini ödemek zorundadır. [20/25]

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre; borçlu üzerinden şarap ödeme yükümlülüğü bedelsiz olarak düşünce, kefil olan kişi de kefillik yükümlülüğünden kurtulur. Çünkü asıl borçlunun borçtan aklanması (ibrası), kefilin de ibrasını gerektirir.

Şarap borcuna kefil olan zimminin Müslüman olması

Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre; yalnız kefil olan kişi Müslüman olursa, kefilin şarap ödeme sorumluluğu yerini herhangi bir bedele bırakmadan düşer. Ancak kefilin borçlu olmaktan kurtulması, asılı borçtan kurtarmaz. Alacaklının borçludaki içki alacağı, olduğu gibi kalır.

Muhammed (rh.a.)'e göre ise, bu durumda alacaklı muhayyerdir: Dilerse, şarabın değerini almak için kefile başvurur. Çünkü kefilden istenen budur. Dilerse şarabın dengini almak için asıla başvurur. Eğer kefilden şarabın değerini alırsa; kefil, bunu ödeme için asıla başvuramaz. Çünkü asıl açısından hak isteminde bulunan alacaklı, artık odur. Alacaklının Müslüman olması, içki alacağını bedelsiz olarak düşürür.

Şayet alacaklı, borçlu, kefil hepsi birden Müslüman olurlarsa, içki alacağı yine karşılıksız düşer. Çünkü hepsinin Müslüman olması durumunda, alacaklı Müslüman olduğu gibi daha fazlası Müslümandır. Alacaklı ile kefilin veya alacaklı ile asıl borçlunun birlikte Müslüman olması durumunda hüküm yine böyledir.

Eğer kefil ile asıl borçlu Müslüman olursa, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre, içki borcu yine bedelsiz olarak düşer. Muhammed (rh.a.)'e göre, değer borcuna dönüşür. Bu değeri kefilden alırsa, kefil asıla başvuramaz. Çünkü asıl açısından artık alacaklı olan odur.

Eğer şarap alacağı, trampa yoluyla yapılan bir alış-verişin bedeliyse ve mesele de yine bu şekildeyse, alacaklı veya borçlunun Müslüman olmasıyla içki alacağının bedelsiz olarak düşmesinde görüş birliği vardır. Çünkü şarap, teslim alınmadan önce akit yapan taraflardan birisinin Müslüman olmasıyla aralarındaki akit bozulmuştur. Yalnız kefil Müslüman olursa, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre, alış-veriş geçerliliğini korur. İçki alacağı kefilden bedelsiz olarak düşer. Muhammed (rh.a.)'e göre, şarap alacağı değere dönüşür. Çünkü kefilin zimmetindeki alacak, ödünç borç gibidir.

Şarapda selem yapan gayri müslimlerin Müslüman olmaları

Şayet şarabın, yapılan selem akdi gereği verilmesi gerekiyorsa (önceden parası ödenerek sipariş verilmişse) ve mesele de yukarıdakiler gibiyse, alacaklı ve borçlunun Müslüman olmasıyla aralarındaki akit bozulduğu için, içki alacağı bedelsiz olarak düşer.

Sadece kefil Müslüman olursa, sipariş vererek ve alarak selem akdi yapan iki tarafın arasındaki bu akit, geçerliliğini korur; ancak kefil, kefillik sorumluluğundan kurtulur. Bunda görüş birliği vardır. Çünkü sipariş veren kişinin hakkı, zimmette ödenmesi gereken bir değer durumuna dönüşmez. Selem akdinde, sipariş verilen şeyde değişiklik yapılması câiz değildir.

Mehir olarak şarap belirlenip sonra tarafların Müslüman olmaları

Eğer şarap, mehir olarak borçlanılmışsa, mesele de yine bu şekildeyse, bu konuda Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşünün açıklaması şöyledir: Böyle bir durumda mehir olan şarap veya domuz, belli bir şarap veya domuz olabildiği gibi, belirsiz de olabilir. Şayet belirli ise ve birisi bu belirlenmiş mehire kefil olmuşsa, kefillik geçerlidir. Çünkü bu durumda mehir, kocanın yanında duruyorsa kendisi, telefi durumunda standart (mislî) ise dengi, standart değil (kıyemî) ise değeri ile ödenen bir maldır. Gasbedilen bir mal da böyledir. Böyle olan mallara kefillik geçerlidir. Bu durumda karı-kocanın, ikisinden birisinin veya hepsinin Müslüman olması, hükmü değiştirmez. Kadının, nikah konusunda açıklandığı gibi, belirlenmiş olan bu mal üzerindeki hakkı devam eder; kocadan belirlenmiş olan bu malı alma hakkı vardır. Dilerse, kefilden malın teslimini isteyebilir. Çünkü kocanın, Müslüman olduktan sonra da borcu devam ettiğine göre bu borç, ondan istenebildiği gibi kefilden de istenebilir.

[20/26]

Eğer mehir borcu belirli değil, herhangi bir şarap ise ve Müslüman olan da kadınsa, alacak şarabın değeri kocanın zimmetindedir. Kefil bu durumda kefillik sorumluluğundan kurtulur. Çünkü bu durumda kadın, kefilden kefillik sorumluluğunu yerine getirmesini isteyen alacaklı durumundadır. Kefilin zimmetindeki borç ise, asıl borcun bedelidir. Nikah yoluyla ödenmesi gereken bir borç değil, kefillik yoluyla ödenmesi gereken bir paradır ve alacaklının Müslüman olmasıyla bedelsiz olarak düşer.

Kocanın zimmetindeki ise mehirdir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre; kadının Müslüman olması bu hakkı, mehirle ilgili olarak aynı belirlenmemiş şarabın bedeline çevirir.

Şayet koca Müslüman olursa, kadının ondaki alacağı yine şarabın değeridir. Dilerse, alacağını kefilden şarap olarak alır. Çünkü asıl borçlu, Müslüman olmakla bu borçtan kurtulmamış; artık içki vermesi mümkün olmadığı için borç, onun açısından değere dönüşmüştür. Kefilin şarap vermesi ise mümkündür. Eğer alacağını gayri müslim kefilden şarap olarak alırsa, kefil bir şey almak için asıla başvuramaz. Çünkü bu durumda, asıla borç veren bir kimse konumundadır. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, ödünç olarak şarap ödünç alan bir kimse, eğer Müslüman olursa, üzerindeki borç, bedelsiz olarak düşer.

Şayet kefil Müslüman olursa, kadın şarap olan mehrini almak için kocaya başvurur. Kefil ise, kefillik yükümlülüğünden kurtulur. Çünkü onun zimmetindeki

alacak, ödünç gibidir. Ebû Hanîfe'ye göre, borçlunun Müslüman olması, içki borcunu bedelsiz olarak düşürür.

Şayet mehir, belirli olmayan herhangi bir domuzsa ve kadın da Müslüman olmuşsa, koca ona mehr-i misl verir. Bu durumda kefil, herhangi bir ödeme yapmak zorunda değildir. Çünkü domuz, artık mehir olmaktan çıkmıştır; mehr-i misil de kocanın yeni üstlendiği bir borçtur. Kefil olan kişi bu borca kefil olmamıştır.

Şayet koca Müslüman olursa, hüküm yine böyledir. Çünkü bu durumda koca, esasen domuz verme yükümlülüğünden kurtulmuştur. Onun bu kurtuluşuyla, kefil de kurtulur. Verilmesi gereken mehr-i misl,[11] kocanın yükümlü olduğu yeni bir borçtur. Kefilin bu yeni borçla ilgili bir yükümlülüğü yoktur.

Eğer kefil Müslüman olursa, üzerindeki domuz ödeme sorumluluğu, bedelsiz olarak düşer. Bu durumda kadının kocadan domuzu veya domuzun değerini alma hakkı devam eder.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüne gelince; bütün belirtilen meselelerde mehir, belirli bir domuz olduğunda, o da Ebû Hanîfe ile aynı görüştedir. Muhammed (rh.a.)'in ise, mehir olarak herhangi bir şarap belirlendiğinki görüşleri şu iki meselenin dışında Ebû Hanîfe ile aynıdır.

1 – Koca Müslüman olduğunda ve kefil mehir olarak belirlenen şarabın kendisini teslim ettiğinde, Muhammed'e göre kefil, şarabın değerini almak için kocaya başvurur. Çünkü o, kefil açısından kendisine borçlu bir kimsedir. Ona göre borçlunun Müslüman olması, bu borcun değere dönüşmesine neden olur.

2 – Kefil Müslüman olursa, Muhammed (rh.a.)'e göre, kadın muhayyerdir: Dilerse kocaya başvurarak ondan mehrini şarap olarak alır. Dilerse, kefile başvurur ve şarabın değerini alır. Çünkü kefil, onun açısından alacağının isteneceği bir kimsedir. Ona göre, alacağın isteneceği kişi Müslüman olursa, şarap alacağı değere dönüşür.

Müslümanın şarap alacağına zimminin kefil olması

Zimmî olan bir kimse, bir başka zimmînin Müslüman bir kimseye olan şarap borcuna kefil olsa, bu kefillik geçersizdir. Çünkü Müslüman olan bir kimse, hiç kimseyi kendisine içki borçlandıramaz; birisinde ödenmesi gereken belli bir içki alacağı da olamaz. Dolayısıyla, Müslüman birisine olan böyle bir borca kefillik de geçersizdir.

Zimmî lehine, Müslümanın içki borcuna kefil olmasında da hüküm böyledir; Müslüman birisinin hiç kimseye içki borcu olamaz. Asılın zimmetinde sabit olmayan bir borca kefillik, geçersizdir.

---

[11] **Mehr-i misil**, emsal mehir demektir. Kadın şayet açıkça belirlenmemişse yaş, güzellik, bekarlık gibi özelliklerde kendisi gibi olan kadınlar ne alıyorsa işte o mehri alır. Burada kocasından emsal mehir alır.

Müslümanın zımmiye olan şarap borcuna kefil olmak

Müslüman olan bir kimse, zimmînin zimmîye olan içki borcuna kefil olduğunda hüküm yine böyledir. Çünkü Müslüman, hiçbir şekilde akit yoluyla birisine içki borcu üstlenemez, dolayısıyla kefil de olamaz. Çünkü şarap, Müslüman açısından maddî değeri olan bir mal değildir.

[20/27]

Zimmînin ticaretle uğraşan veya efendisiyle özgür olma anlaşması yapmış zimmî bir kölenin içki borcuna kefilliği, efendileri Müslüman bile olsa geçerlidir. Çünkü bu köleler, kendileri adına ticârî işlem yürütmektedirler. İçkide ticârî işlem yapma konusunda dikkate alınan, efendilerinin dînî değil, kölelerin dînîdir. Dolayısıyla köleler zimmî[12] iseler, onlara içki borcu konusunda verilen kefillik, harbîye[13] verilen kefillik gibi geçerlidir.

Zimmî olan bir kimse, yine zimmî olan iki kölesiyle belli bir miktarda şarap karşılığı özgür olma (âzâdlık) anlaşması yapsa, bu kölelerin her biri de diğerine kefil olsa, daha sonra da kölelerden biri Müslüman olsa, bütün borç değere dönüşür. Çünkü böyle bir akdin geçerli oluşu yapılan bu akitte iki kölenin tek bir kişi gibi kabul edilişlerindendir. Böyle olmadığında kefilliğin hukukî anlamı göz önünde tutulduğunda, akit geçersizdir. Bir kişi gibi kabul edildiklerinde, içlerinden birisinin Müslüman oluşu, içki borcunun değere dönüşme konusunda her ikisinin de Müslüman oluşu gibi kabul edilir.

Bu konuya şu şekilde açıklık getirmek mümkündür. Bu kölelerden her biri, ancak bütün bedeli efendiye ödediğinde özgürlüğe kavuşur. İçlerinden Müslüman olan kişinin payı değere dönüşecek olsa, Hıristiyan olanın payı, bu iki köleyi birbirinden ayırt etmek için içki olarak kalacaktır. Dolayısıyla iki köleden biri, kendi payını ödediği için özgürlüğüne kavuşacaktır ki; bu da efendinin koyduğu koşula uygun değildir.

İçlerinden birisi Müslüman olduktan sonra bütün borcun içki olarak kalmasına veya değere dönüşmesine gelince; bu da doğru değildir. Dolayısıyla, bütün borç değere dönüşür.

İki zimmînin mülkiyeti altında bulunan ve onlarla içki karşılığı özgür olma anlaşması yapmış olan bir kölenin, efendilerinden biri Müslüman olduğunda, hüküm yukarıda da açıklandığı gibidir. Bu efendilerden birisinin payı diğerinden ayrılamaz. Bunlardan Müslüman olanın payının değere dönüşmesi doğrudur. Zorunlu olarak diğerinin payı da değere dönüşür.

Hıristiyan bir kimse, biri Müslüman ve diğeri Hıristiyan olan iki kölesiyle içki karşılığı özgür olma anlaşması yapar ve bu kölelerin her biri diğer arkadaşına kefil

---

[12] **Zimmî / الذمي**: İslam ülkesi vatandaşı olan gayrimüslim erkek. Gayrimüslim kadına ise "zimmiyye" denir. Kendilerine bu hakkın tanındığı kimseler "ehl-i zimmet" diye isimlendirilir. Çünkü bunlar Müslümanların güvencesi altına girmiş ve bir takım haklara sahip olmuşlardır.

[13] **Harbî / الحربي**: Müslümanlar ile aralarında anlaşma bulunmayan gayrimüslimlere ait ülke halkından her biri. Bu kimselerin vatandaşı olduğu ülkeye ise "dârülharb" denir.

olursa, bu akit geçerli değildir. Çünkü bu iki köle, yapılan akitte tek bir kişi gibidirler. Müslümanın payı geçersiz olunca, Hıristiyan olanınki de geçersizdir. Ayrıca, Hıristiyan olan kölenin akdini geçerli sayacak olsak, Müslüman olan kölenin ona olan kefilliği sona erecektir. Efendi de, akde bu koşulla rıza göstermemiştir.

Zimmî birisi, bir başka zimmîden içki veya domuz gasp etse, bir Müslüman da gasp eden kişiye kefil olsa; eğer gasp edilen mallar aynıyla duruyorsa kefillik geçerli değildir. Çünkü Müslüman, akit yoluyla zimmetinde belirsiz bir içki veya domuz üstlenemediği gibi, içki veya domuzu teslim etmeyi de üstlenemez.

Şayet gasbedilen içki veya domuz, kefillikten önce telef olmuşsa; üzerindeki kefillik, domuzun tazminatında geçerli, içkideyse geçersizdir. Çünkü içki, gasbeden kişi tarafından dengiyle ödenir. Müslüman olan bir kefil de içki borcunu, zimmetinde yine içki olarak üstlenmiş olur. Bu da, geçerli değildir. Domuzun ise, değeriyle ödenmesi gerekir. Değer denilince, bundan kasıt, dirhem gibi para cinsidir. Bu şekilde bir para borcunu kefillik yoluyla üstlenmek geçerlidir.

Gasbeden kişi Müslüman ise, telef olduktan sonra onun gasbettiği içkiye de kefillik geçerlidir. Çünkü zimmî olan bir kimseye ait olan içki gasbedildiğinde Müslüman, domuzda olduğu gibi onun değerini ödemek zorundadır. Değer de, para ile takdir edilir. Malın telefinden sonra kefillik, değere dönüşmüşse, bu kefil de asıl borçlunun ödemesi gereken parayı kefillik yoluyla üstlenmiştir. Böyle bir üstlenme de geçerlidir.

MALA KEFİLLİK

Bu konuda, Ebû Ümâme (r.a.)'nin naklettiği bir hadis vardır. O, şöyle der: "Resûlüllah (s.a.v.)'ı şöyle buyururken duydum:

[20/28]

العارِيَةُ مُؤَدّاةٌ ، والْمِنحةُ مَرْدُودَةٌ والدَّيْنُ مَقْضِيٌّ والزَّعِيمُ غارِمٌ.

"Ödünç alınan eşya geri verilir. Yararlanmak için alınan mal, iade edilir. Borç ödenir. Kefil olan kişi de, kefillik sorumluluğunu yerine getirir."[14]

Hadiste geçen "yararlanmak için alınan mal" diye tercüme edilen "المنحة" kelimesi, iğreti (âriyet) almanın bir çeşididir. Ancak minhada (atıyye) bağış anlamı vardır. Meselâ; bir kişi sütünden yararlanması için başka birine iğreti koyun veya deve verdiğinde bu, "minha" diye adlandırılır. Bunun için birisine ev, hayvan ve elbise gibi minha olarak bir şey verilmişse, o malın kendisini telef etmemek koşuluyla bu şeyden yararlanma mümkünse bu âriyettir. Bu minha değildir.[15]

Âriyet ve minhanın meşruiyeti

---

[14] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/267; Ebû Dâvûd, Buyû' 88; Tirmizî, Vasâyâ 5.

[15] **Âriyet / العارية:** Vazgeçme hakkı saklı kalmak üzere, bir eşyadan elde edilecek yararın karşılıksız olarak ve geciktirmeksizin bir kimsenin mülkiyetine verilmesidir. Ödünç veren kimseye "muîr",

Eğer birisine bir şey verilmişse, bu şeyin aynını tüketmeden ondan yararlanmak mümkün değilse bu âriyet değil, bağış (hibe)dır. Dolayısıyla bu şekilde ödünç vermek, bir çeşit borç vermedir.

Bu hadis, ödünç (âriyet) alan kişinin ödünç aldığı şeyi, minha olarak alan kişinin de minha olarak aldığı şeyi, sahibine geri vermesi gerektiğine delildir. Çünkü aldığı şeyden yararlanmıştır.

"Borç ödenir" sözü de, borçlu tarafından bu borcun ödenmesinin gerektiğine delildir. Muhammed (rh.a.) hadisi buraya almaktan maksadı, hadisin sonunda yer alan "kefil olan kişi de, kefillik sorumluluğunu yerine getirir" sözüdür. Bunun anlamı, borca kefil olan kişi, üstlendiği borcu ödemesi veya kişiye kefil olmuşsa, bunu yerine getirmesi istenir, demektir.

Borca kefilliğin zamana bağlanması

Bir kimsenin başka birisinde vâdeli bin dirhem alacağı olsa ve bir kişi ona filan kimsedeki alacağının vâdesi dolunca o kimse sana bu parayı ödemezse ben ödeyeceğim veya zamanı geldiğinde o parayı ben ödeyeceğim" derse bu kefillik geçerlidir. Çünkü asıl borçlunun borcu ödeme zamanının girişi isteme hakkının ona yönelmesine nedendir. Kefillik de; alacağın kendisinden istenmesini kabullenmedir. Dolayısıyla asıl borçludan isteme vaktine bağlanması geçerlidir. Borçlu olan falana borcunu ödemeden ölürse, onu ben ödeyeceğim dediğinde de böyledir. Çünkü borçlunun ölmesi vâdenin doluşuna ve borcu ödemesini istemenin yöneltilmesine nedendir. Dolayısıyla kefilliği, borçlunun ölümü koşuluna bağlamak câizdir. Kefilliği borçludan başka birisinin ölümü koşuluna bağlamak ise geçerli değildir. Kefil olan kimse bu kişinin ölümünden sonra veya vâdenin dolmasından sonra borcun asıl borçlu tarafından önceden ödendiğini iddia ederse bu iddiası doğrulanmaz. Çünkü isteme hakkının kefile yöneltilmesi yeni kesinleşmiştir. Kendisine yöneltilen bu hakka henüz kendisine daha yöneltilmeden, asıl borçlu tarafından ödendiğini söyleyerek engelin bulunduğu iddiasındadır.

Bu iddiayı asıl borçlunun kendisi de yapsa delille ispat etmediği sürece iddiası doğrulanmaz. Kefil iddia ettiğinde de hüküm böyledir.

Şayet borcun vakti gelmiş ve, "filan kişi sana borcunu vermemişse bu borcu ben vereceğim," der daha sonra alacaklı esas borçludan alacağını istese o da istediği saatte ödemese kefil bu borçtan sorumludur. Çünkü kefillik için koşulan koşul borçlunun vermekten kaçınmasıdır. Bu ödeme isteğinden sonra da bu koşul gerçekleşmiştir. Nitekim borcu ödemesini isteyip borçlunun da ödemeye yanaşmaması durumunda bu malın kefil tarafından ödenmesinin gereği, koşul gerçekleşmiştir. Ayrıca kefilin bu kefillikten amacı alacaklının sık sık borçludan ödeme yapmasını isteme yükünü hafifletmektir. Bu da böyle bir istekte

---

ödünç alana "müsteîr", verilen mala "müsteâr" ve ödünç alma işine ise "istiâre" veya "ödünç verme" anlamında "iâre" denir.

bulunmakla gerçekleşmiştir. Onun bu isteği borcun ödenmesi istendikten sonra borçlunun ödemeye yaklaşmamasıyla kefilin bu borcu üstlenmiş olmasıyla gerçekleşir. Kâdî Şürayh (rh.a.)'ın kefillikle hükmettikten sonra; "kefil üstlendiği borçtan sorumludur," dediği rivayet edilir. Bu kefilliğin mutlak olarak da geçerli olduğuna delildir. Ancak kefilin lehine kefil olduğu kişiye karşı sorumluluğu gerçekleşinceye kadar teslim hakkı gecikir.

Kefilin alacaklıya karşı yükümlülüğü aynen borçlu gibi olması

Bir kimse, bir başkasının borcuna kefil olursa, alacaklı, borçlu ile kefilden hangisini isterse ona başvurur ve ondan borcunu ödemesini isteyebilir. Onun ikisinden birisini seçmiş olması, diğerindeki isteme hakkını düşürmez.

Mal gasbeden birisiyle, bu malı ondan gasbeden kişinin durumu ise bundan farklıdır. Bu meselenin, diğer meselelerden farkını daha önce açıklamıştık. Burada hak, ikisinden birisine yöneliktir. Hak isteminde bulunan kişi, ikisinden birisini seçtiğinde ödeme için dâvalı kişi belirlenmiş olur. Bu konuda ise, borcun aslı, önceden olduğu gibi kefillikten sonra da, yine asıl borçlu üzerinedir. Görmez misin, kefillik için hazırlanan belgenin üzerine; "Filan kimseye şu kadar borcu vardır." "Filan kimse de, bu borca kefildir," şeklinde yazılmaktadır.

[20/29]

Ayrıca kefilliğin gereği, alacaklının alacağını isteme hakkı güçlendirilmektedir. Bu da alacaklının isteme hakkı, her ikisine yöneldiğinde gerçekleşir. Dolayısıyla, alacağını birisinden istemesi, onun diğerinden isteme hakkını düşürmez.

Eğer alacak kefilden istenir ve alınırsa, kefil de bunu kefil olunan kişiden ister ve alabilir. Kefile ne uygulanıyor, ne işlem yürütülüyorsa, o da adına ödeme yaptığı asıl borçlu kişiye bunun aynısını uygular. Ancak ödemeyi yapmadığı sürece, asıldan bu malı alamaz. Çünkü o, ödeme yapılmadan önce, zimmetteki bir borç gibidir. Ödeyinceye kadar başvurulamaz. Kefil ne zaman öderse, o zaman aslın zimmetindeki mala sahip olur. Ancak asıl borçlu, parayı kefile peşin öderse bu, geçerlidir. Çünkü borcun aslı, artık kefil lehine asıl aleyhine sabit duruma gelmiştir. Her ne kadar, borcu isteme hakkı ödeme anına kadar ertelenmişse de vâdeli bir borcun peşin ödenmesi geçerlidir.

Kefil borcu ödemeden, asıl borçlunun kefile ödeme yapması

Kefil, borçlunun peşin ödediği bu parayı alır ve onunla ticârî işlem yaparsa, onunla elde ettiği kâr helaldir. Çünkü teslim aldığı bu parayı geçerli, meşru bir şekilde teslim almış ve sahiplenmiştir. Dolayısıyla onunla elde ettiği kâr da, kendisine aittir.

Eğer mal kefilin elindeyken telef olursa, kendi sorumluluğu altında telef olur. Çünkü bu malı, asıldaki alacağını teslim almak için almıştır. Borç karşılığı alınan bir şey de, onu alan kişinin sorumluluğu altındadır.

Şayet alacaklı, alacağını kendisine asıl borçlu olan kişiden alırsa, o da verdiğini almak için tekrar kefile başvurur. Çünkü o bu parayı kefile, kefilin kendi adına ödeme yaparak zimmetindeki paranın bütünüyle kefile ait olması için vermiştir.

Zimmetindeki bütünüyle kendisinin olmayınca, asıl borçlu verdiğini almak için kefile başvurma hakkına sahiptir.

Eğer bu parayı kefile ilk verdiği sırada borcunun ödenmesi kastıyla vermemiş, meselâ "sen benim, bu parayı filan alacaklıma ulaştırmak için elçimsin," demiş, para da onun tarafından yitirilmişse, bu para konusunda kefil, emanet alan kişi konumundadır. Çünkü borçlu, eline parayı vererek onu alacaklıya gönderdiğinde, yalnız onu kendi adına çalıştırmıştır. Eğer bunun için kefili değil de, başka birini çalıştırmış olsaydı, o verilen para konusunda emanetçi (emîn) kişi sayılırdı. Kefili görevlendirdiğinde de hüküm yine böyledir. Nitekim asıl borçlu, daha sonra bu parayı alacaklıya ödese, kefilden bir şey almak için ona başvuramaz. Bu parayı alacaklıya kefil verirse, verdiğini almak için asıla başvurabilir. Emanetin, kefilin yanında telef olması, asıl sahibinin yanında telef olması gibidir.

Kefilin, borcu ödemeden, asıldan aldığı malı çalıştırıp kâr elde etmesi

Bu para, kefilin yanında telef olmayıp da, kefil tarafından çalıştırılsa, bu çalıştırma sonucu kâr veya zarar edilse, bu zararı kefil karşılamak zorundadır. Çünkü yaptığıyla o, paranın veriliş amacına aykırı davranmıştır.

Elde edilen kâr ise kefilindir. Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre, kâr olarak elde edilen parayı sadaka olarak dağıtmalıdır. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise, bu para ona helaldir. Bu, kendisine emanet bırakılmış bir paraya benzer. Onu çalıştırıp kâr elde ettiğinde de, bu kâr kendisinin olur.

Şayet borç, buğday ise, borçlu onu kefille birlikte alacaklısına verilmek üzere gönderse, kefil de bu malı çalıştırarak kâr elde etse, onun hükmü de yine aynıdır.

Bu buğdayı ona, kefil olduğu borcu vakti gelince ödemesi için verse, o da buğdayı satarak kar etse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre kar kefile aittir. Ancak onu sadaka olarak dağıtması daha iyidir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre, bu kâr kefile helaldir.

Özetle; kefil, alacaklının buğday alacağını ödese, elde ettiği kâr kendisine helaldir. Çünkü bu kârı, meşru bir şekilde kendisinin olan bir malla elde etmiştir. Hatta borçlu, alacaklının buğday borcunu ödese, verdiği buğdayı almak için kefile başvurabilir. Kâr da yine kefilin helal malıdır.

Alım-satım hukuku ile ilgili bölümde (Kitabu'l-buyû) bunun gerekçesi şöyle nakledilir: Çünkü, kefilin bu malın aslındaki mülkiyeti geçerlidir. Daha sonra ortaya çıkan duruma göre geri vermek zorunda oluşu, önceden elde edilen kazancı, kirli kazanç, durumuna getirmez.

[20/30] Muhammed (rh.a.) *El-Câmiu's-Sağîr*'de şöyle der: Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre; asıl mal da, kâr da, asıl borçluya geri verilir. Çünkü o, bu malın alacaklıya verilmesi koşuluyla ona teslime razı olmuştur. Bu koşul, yerine getirilmemiştir. Ancak buradaki ifadeden kasıt, kefilin elde ettiği bu kârı mahkemece bir zorlama olmadan, kendisine malı veren asıl borçluya geri vermesi yönünde fetva

verilmesidir. Burada ise, "kârı sadaka olarak dağıtmalıdır" dedi. Çünkü koşullu olarak teslim alınan mal ile, onu veren kişinin koşulu gerçekleşmeden elde edilen bu kârda, bir çeşit manevî kir oluşmuştur. Dolayısıyla, kendisine fetva yoluyla bu parayı sadaka olarak dağıtması emredilir. Bu, daha önceki dirhem cinsinden paranın teslim alındığı konudan farklıdır. Çünkü paralar, akitler sırasında belirlense bile, belirleme ile belli olmaz, meydana çıkmaz. Dolayısıyla onunla elde edilen kâr, teslim alınan paranın aynıyla elde edilen kazanç olmaz. Buğdaya gelince, onun aynını belirleme mümkündür. Dolayısıyla teslim alınan malın, bizzat kendisiyle kâr elde edilmiş olur. Bu açıdan, elde edilmiş olan kazançta da kir oluşur.

Kefillik isteğinin borç ikrarı olması

Bir kimse, başka birine; "filan kimseye olan şu kadar borcuma kefil ol," dese, bu kişi kendisine kefil olsun veya olmasın onun bu sözü, borç ikrarı sayılır. Çünkü o kişiden kendisine kefil olmasını istemiştir. Bu kefillik de ancak asıl üzerinde bulunan ve ödenmesi gereken bir borç için olabilir. Kefil olan kişi, ya asıl üzerine sabit olan bir borcun kendisinden istenmesini üstlenir veya aslın zimmetinde sabit olacak bir borcu üstlenmek üzere birisine borçlanır. Dolayısıyla, o kişinin bu şekildeki bir ikrarla yaptığı istek, üzerine mal ödeme sorumluluğunu gerektirir. Sözün gereği ile sabit olan, sözün bizzat kendisiyle sabit olan bir şey gibidir. Sanki o; "filan kimsenin bende bin dirhem alacağı var. Sen benim bu borcuma kefil ol!" demiş gibidir.

Asıl üzerindeki borcun niteliğinin kefil için de geçerli olması

Birisinin, bir kimseden bin dirhem vâdeli alacağı olsa, bir başkası da onun bu alacağına kefil olsa, kefillik akdi sırasında vâdenin olduğu söylenmese bile, yine de kefil asıl adına bu borcu üstlenmek zorundadır. Çünkü o, asıl borçlunun sorumlu olduğu bir borcun alacaklı tarafından istenme hakkını üstlenmiştir. Asıl üzerindeki bu borcun istenme hakkı, vâde dolduktan sonradır. Dolayısıyla, kefil üzerinde doğan hak da böyledir. Veya başka bir ifadeyle; kefil, aslın zimmetinde sabit olan şeyi kendi zimmetinde üstlenir. Meselâ aslın zimmetinde sabit olan borç bir yıl vâdeli ise kefil için de yine bir yıl vâdelidir.

Bunun gibi, aslın zimmetindeki borç, kalitesiz (karışık) para cinsinden ise, kefilin zimmetinde de borç bu nitelikle sabit olur. Şuf'a hakkı (ön alım hakkı) olan kişinin durumu bundan farklıdır. O, şuf'a hakkını kullanarak bir ev satın almışsa, satış bedeli de alıcı için vâdeliyse, şuf'a hakkını kullanarak evi alan kişi için bu vâde geçerli değildir. Çünkü şuf'a hakkını kullanarak yapılan alım, yeni bir alım akdi gibidir. Satış bedelinin şuf'a hakkını kullanan kişi tarafından ödenmesi için, yeni baştan oluşan bir nedendir. Koşul konulmadığı sürece, böyle bir alımda vâde geçerli değildir. Kefilliğe gelince; kefillik akdi, yeni baştan mal üstlenmesini gerektiren bir akit değildir. O, esasen var olan bir borcu üstlenmedir. Dolayısıyla borç, ancak bu nitelikle sabit olur. Şayet kefil, süre dolmadan önce ölürse, artık kefilliğin vâdesi kalkar ve borç terekesinden peşin olarak alınır. Çünkü ölen kişinin artık vâdeye ihtiyacı yoktur. Ayrıca kefilin ölümünden sonra vâdenin devamı

düşünülemez. Mirasçılar, terekedeki borçtan dolayı, terekede rahat davranamazlar. Süre dolmadan önce, bu borcun karşılığı elden çıkabilir. Akitlerde konulan süre, borçlunun yararı içindir. Şayet borçluya zarar veriyorsa vâde düşer.

(Her ne kadar ölen kefil açısından vâde düşse de) mirasçılar alacaklıya ödedikleri bu malı veya parayı asıl borçludan vâde dolmadığı sürece alamazlar. Çünkü borçlunun, vâdeye olan ihtiyacı devam ettiği için, asıl açısından vâde devam eder. Hatta alacaklı, henüz vâde dolmadan ondan bir şey isteyemez. Aynı şekilde, kefilin mirasçıları da isteyemezler. Eğer vâde dolmadan önce asıl borçlu ölürse, artık vâdeye ihtiyacı kalmayacağı için, borcu vâdeli olmaktan çıkar. Ancak kefilin vâdeye ihtiyacı devam ettiği için, onun açısından borç vâdeli olmayı sürdürür. Asıl açısından vâdenin kalkması, kefil açısından da vâdenin düşmesini gerektirmez. Görmez misin asıl borç, vâdesiz olsa, daha sonra da kefil bu borcu kendisi açısından vâdelendirse, vâde geçerlidir. Mal, asıl üzerinde vâdesiz bir borç olmaya devam eder. Zorunluluk gereği sabit olan bir şey, zorunluluk sınırlarını geçemez. Zaruretler kendi miktarınca takdir olunur. [20/31]

Borcun vâdesiz, kefilliğin vâdeli oluşu

Bir kimsenin, birisine bin dirhem vâdesiz borcu olsa, bir başkası da bu borca bir yıl vâdeli olarak kefil olsa, böyle bir vâdeyle yapılmış olan kefillik akdi geçerlidir. Bu, aynı zamanda asıl borçlunun borcunu geciktirme sayılır. Görmez misin bu kimse, bin dirhem borcunun olduğunu, filan kimsenin de buna bir yıl vâdeyle kefil olduğunu söylese; bu borç, her ikisi açısından da bir yıl vâdeli sayılır.

Züfer (rh.a.)'den nakledildiğine göre, böyle bir durumda asıl borçlunun borcu vâdesizdir. Çünkü alacaklı özellikle kefil için vâde koymuştur. Vâde koymak, bu vâdeye kadar borcu isteme hakkının düşürülmesidir. Kefilin kefillik borcundan aklama (ibra) yoluyla kurtarılması, asıl borçlunun borçtan kurtarılmasını (ibrasını) gerektirmeyince, borcun kefil açısından vâdeli oluşu, asıl açısından vâdesiz olmasına engel değildir.

Ancak Hanefî mezhebinin asıl görüşüne göre; alacaklı, burada borcun aslını vâdelendirmiştir. Çünkü; فَكَفَلَ بِها إِلَى سنةٍ "Bu borca, bir yıl vâdeli olarak kefil oldu" ifadesinde yer alan "ha" harfi, asıl borçtan kinayedir. Vâdenin, asıl borca dayandırılması vâdenin hem kefil hem de asıl için sabit olması demektir. Şayet kefil, üstlendiği kefilliği vâdelendirse; borç, asıl üzerinde vâdesiz bir borç olmaya devam eder. Asıl mala dayandırılan borçtan kurtarma (ibra) da, hem kefil, hem de asıl açısından ibra sayılır. Eğer sadece kefile dayandırılmışsa, asılı borç yükümlülüğünden kurtarmaz.

Bir kimse birisine, "senin filana olan bin dirhem borcun için, bir başkasının kendi yanında bulunan emanetinden vererek kefil olacağını" söylese, bu kefillik geçerlidir. Çünkü elinde bulunan bir maldan vereceğini söyleyerek kefilliği kabul etmiştir. Bu, hem kefillik, hem de havale konusunda geçerlidir.

Şayet böyle bir durumda emanet telef olursa, kötü niyetle yapılmış bir fiil olmadığından, kefil tazminat ödemek zorunda değildir. Onun açısından emanetini sahibine verme ile sahibinin emriyle başkasına vermeyi üstlenme arasında bir fark yoktur. Emanetin ödenmesi gerekmediğine göre, alacaklıya teslim etmeyi üstlendiği şey elden çıkmıştır. Daha önce de açıklandığı gibi, kefillik olarak verilecek şeyin yok olması, kefillik akdini sona erdirir.

Bir kimsenin başkasının yanında emanet olarak bin dirhem parası, emanet sahibinin de bir başkasına bin dirhem borcu olsa ve yanında emanet bulunan kişiden[16] bu emaneti, yarın borcunu ödemek üzere filan kişiye vermeye kefil olmasını istese; o da, söyleneni yapsa, yapılan işlem geçerlidir. Çünkü bu ödeme, ödeme yapılacak yerin belirlenmesiyle bir borcun ödemesini üstlenmedir. Yapılan bu sınırlandırma, kefil açısından yararlı bir sınırlandırmadır. Öyle ki, bu mal telef olacak olsa, kendisi zimmetinde bulunan başka bir malla, onu ödemek zorunda değildir.

Emanet sahibi, verdiği emaneti daha sonra kefilden alamaz. Çünkü alacaklının hakkı, artık bu paraya bağlanmıştır. Ayrıca, kefil onun emriyle, yine onun borcunu bu paradan ödemeyi üstlenmiştir. Üstlendiği görevi de, ancak emanet elinde olduğunda gerçekleştirebilir. Eğer bu emanet telef olmuşsa, kefil önceden de açıklandığı gibi, kefillik sorumluluğundan kurtulur. Bu konuda geçerli söz de, onun malın telefe uğradığına dair söylediği sözdür. Çünkü bu kişi, kefillikten sonra da, önceden de olduğu gibi, verilen emanet konusunda emanetçi kişi olarak kalmaya devam ederler. Dolayısıyla, emanet malın telefi ile ilgili sözü de geçerli sözdür.

Şayet bu emaneti, ona emanet veren kişi veya bir başkası, gasbedip, telef ederse; kefil, kefillik sorumluluğundan kurtulur. Önceden de açıklandığı gibi, onun ödeme yükümlülüğü, belli bir mala ve bu malın elde bulunmasına bağlıdır. Bu durumda kefil, kendi zimmetinde bir şey üstlenmemiştir. Bu mal, elinde kalmadığında herhangi bir tazminat sorumluluğu da yoktur.

Eğer bu kimse, satılacak belli bir evin, satış bedelinden verilmek koşuluyla birisinin bin dirhem borcuna kefil olursa, ev satılmadığı sürece bir şey ödemek zorunda değildir. Çünkü yapılan üstlenme, belli bir yere, yani evin satış bedeline bağlanmıştır. Ev satılmadığı sürece, satış bedeli, o kişinin elinde değildir. Bu kişiye karşı evini mutlaka satmayı da üstlenmemiştir. Bu yüzden, evi satıp bedelini teslim almadığı sürece, kendisinden bir şey istenemez. **[20/32]**

Kefillik karşılığı ücret almak

Bir kimse, bir başaksının borcuna, kendisine karşılığında ücret verme koşuluyla kefil olsa, bu ücret geçersizdir. İbrahim en-Nehaî (rh.a.)'den böyle

[16] Metindeki boşluk ve kopukluklar el yazması ve cümlenin akışıyla tamamlanmaya çalışılmıştır. Bkz. Süleymaniye Kütüphanesi Damat İbrahim Paşa nüshası No: 650. Varak. 265/b

nakledilmiştir. Verilecek karşılık geçersizdir; çünkü sonuçta bu bir rüşvettir. Rüşvet de, haramdır. Ayrıca alacaklı, bu kefillikle, bir önceki alacağından daha fazla alacaklı duruma geçmiyor. Dolayısıyla, kefillik karşılığında kendisinin de bir bedel ödemesi gerekmez. Ancak ücret koşulu konulmadığında, bu kefillik geçerlidir. Eğer yapılan akitte ücret koşul konulmuşsa, kefillik geçersizdir. Çünkü kefil, belli bir sorumluluk üstlenmektedir. Sorumluluk üstlenme de, ancak rıza iledir. Görmez misin bir kimse kefil olması için zorlansa, kefilliği geçerli değildir. Kefillik akdi sırasında ücret koşul konulsa ve bu ücret kendisine teslim edilmese borç üstlenmeye rızası yok demektir. Kefillik akdinde ücret koşulu konulmadığında ise, herhangi bir sınırlandırma olmadan borç üstlenmeye razı demektir; dolayısıyla yapılan akit, kendisini bağlayıcıdır.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre; dinden çıkan bir kimsenin kefilliği, ister kişiye, isterse borca kefillik olsun, onun diğer işlemleri gibi hukuken askıya alınır.

Dinden çıkanın kefilliği

Dinden çıkan bir kadın, dinden çıkmış birisi olarak ölse bile kefilliği de, diğer işlemleri gibi geçerlidir. Dinden çıkan bir kadın, erkekten farklı olarak öldürülmez. Siyer bölümünde yer aldığı gibi bu, dinden çıkan erkek ile kadın arasındaki açık bir farklılıktır.

Dinden çıkan kadın, düşman ülkeye (dârülharp) sığınsa, daha sonra da esir alınarak câriye edinilse, onun kişiye kefilliği geçersiz, mala kefilliği geçerlidir. Çünkü dinden çıkan bir kadın, düşman ülkeye sığınıp esir alınarak câriye edildikten sonra, artık ölmüş biri hükmündedir. Görmez misin; malı artık mirasçısına verilir. Bir kefilin ölümü, borca kefilliğini değil, kişiye kefilliği geçersiz duruma getirir.

El-Asl'da Muhammed (rh.a.) şöyle der: Dinden çıkarak düşman ülkeye sığınan, daha sonra da esir alınan bu kadın, birisinin kendisine kefil olan bir câriye konumundadır. Çünkü kişiye kefillik, borca kefilliğe dönüşemez. Bu kadın da, esir alınmakla câriye olmuştur. Zaten câriye iken yeni baştan birisine sanki kefil olmuş gibidir. Efendisinin, bu câriye üzerindeki hakkı göz önünde tutularak, kendisinden bu malî kefilliğin gereğini yapması istenemez.

Mala kefillik, geride bıraktığı mala yönelir. Mirasçısından bu borcun ödenmesi istenir. Ancak, yukarıda nakledilen gerekçe, bundan sonra söylenen şey nedeniyle daha doğrudur.

Kadın herhangi bir zamanda özgür edilse, ne mala kefillikten ne de kişiye kefillikten sorumlu tutulur. Yakalanıp câriyeleştirilmesi, önceki her kefilliği ve hakkı sona erdirmiştir.

Eğer kadının bu kefilliği, o câriye iken yeni yapılan bir kefillik akdi olsaydı, bu kefilliğinden özgür olduktan sonra da sorumlu tutulurdu. Buradan da anlıyoruz ki; kadın, câriye durumuna gelmekle sosyal durumu değişmiş ve onun açısından bu durum, bir çeşit ölüm olmuştur. Denildiğine göre; "özgürlük hayat, kölelik ölümdür." Dolayısıyla, kişiye kefillik, kökten geçersiz duruma gelir; mala kefillik ise,

terekeye yönelir. Bunlardan hiçbiri, özgürlüğüne kavuştuktan sonra yeniden ona dönmez, verilmez..

Dinden çıkana kefil olmak

Müslüman bir kimse, dinden çıkan birisine, borçla ilgili dâvada mahkemeye hazır etmeye kefil olur, o dinden çıkan kişi de kaçarak düşman ülkeye sığınırsa veya kefillik akdinden sonra dinden çıkarak düşman ülkeye sığınırsa, ona kefil olan kişinin kefillik sorumluluğu devam eder. Bu konu, değişik yönleriyle birlikte kefillik konusunun baş taraflarında açıklanmıştı.

Eğer bir kadın, esir alınmış ve câriye edinilmişse, onu mahkemede hazır etmeye yönelik kişiye kefillik geçersiz olur; borca yönelik kefilliğinin geçerliliği devam eder. Çünkü bu kadın, câriye durumuna geldiğinde onun mahkemeye gelme sorumluluğu düşmüştür. Dolayısıyla, kefilden de onu hazır etme sorumluluğu düşer.

Bunu, şu şekilde açıklamak da mümkündür. Böyle bir kadın, câriye durumuna gelmekle sanki ölmüştür. Kendisine vekil olunan kişinin ölmesi, kefilliği kaldırır. Ancak kefil, mal borcunu ödemekle yükümlüdür. Kefil bu borcu öderse, o kadının islâm topraklarında bıraktığı mala başvurur. Çünkü bu alacak, artık, kefilin kendisine kefil olduğu kadındaki diğer alacakları gibi vâdeli bir alacak olmuştur.

[20/33]

Eğer kadın, geride bir mal bırakmamış, kefil de borcu ödemişse bu durumda câriye bir gün gelir özgür edilirse, kefil herhangi bir şey için onun peşine düşemez. Çünkü esir alınıp câriye edinilmek, kadının üzerindeki bütün borçları sona erdirmiştir. Esir alınıp câriye edinilen bir kişinin, bu şekilde köleliğe düşmesiyle sosyal konumu, mülk edinme seviyesinden mülk edinilme seviyesine düşmüştür. Mülkiyet altında olan bir kimsenin borcu, ancak onun maddî değerine bağlantılı olarak bulunabilir. Bu borçlanma, yapıldığında kadın zimmet sorumluluğundan başka bir şeyle uğraşmıyordu. Esirlikten sonra artık onun bu niteliği taşıması imkansız duruma gelmiştir. Dolayısıyla borcu da düşmüştür.

Zimmî bir erkekle zimmî bir kadının durumu da böyledir. Onlar zimmet anlaşmasını bozup düşman ülkeye sığınmışlarsa, birisi de onların kendisine veya borcuna kefil olmuşsa, kefil olan kişi, bu kefilliğinden sorumlu tutulur. Şayet ölürler veya esir alınarak köleleştirirlerse, kişiye kefillik sona erer. Mala kefilliği devam eder. Şayet kefil borçlarını öder, onlar da sonradan özgürlüklerine kavuşurlarsa, dinden çıkan kadınla ilgili olarak açıkladığımız gibi, herhangi bir şey almak için onlara başvuramaz.

Dinden çıkan (mürted) bir kimsenin zimmînin şarap veya domuz borcuna kefilliği, geçerli değildir. Çünkü dinden çıkan bir kimse hakkında, Müslüman olma hükmü devam etmektedir. Çünkü o, İslâma dönmek zorundadır ve buna zorlanır. İslâm dinini terk ettikten sonraki inançları kabul edilemez. Nasıl ki, bir Müslümanın, içki borcuna kefilliği geçerli değilse, dinden çıkan bir kimsenin kefilliği de geçerli değildir.

Buna göre; dinden çıkan bir kimse, zimmî birisinin içkisini telef etse, onun değerini ödemek zorundadır. Nitekim, telefi Müslüman birisi yaptığında da hüküm yine böyledir. Bu şekilde telef edilmiş bir içkinin değerine Müslüman birisi kefil olsa, kefillik geçerlidir. Çünkü telef eden kişinin ödemesi gereken değer, dirhem veya dinar gibi para cinsindendir. Kullanılması helal şeylerdir.

Müslüman bir kimse, dinden çıkan birisinin kendisine veya borcuna kefil olsa, daha sonra da dinden çıkan, düşman ülkeye sığınsa, mirasçılarının kefillik hakkı devam eder. Çünkü mirasçıları, o düşman ülkeye sığındıktan sonra, nasıl malları konusunda onun yerini alıyorlarsa, hakları konusunda da onun yerini alırlar.

Eğer bu kişi, yeniden İslâm ülkesine dönerse, kefilden kişiye ve mala yönelik kefillik sorumluluğunun gereğini isteme hakkı vardır. Çünkü yeniden İslâma ve ülkesine döndüğünde, var olan hakları, var olan malları gibi kendisine döner. Eğer mirasçıları, hakim kararıyla haklarını almışlarsa, kefil olan kişi, telef olan malları konusunda olduğu gibi, kefillik sorumluluğundan kurtulur. Bu durumda o, kefil olduğu mal elinden çıkmış birisi gibidir. Çünkü hakim kararıyla malın mirasçıya verilişi, kendisine ödeme yapılışı gibidir. Kefil, kefillik sorumluluğundan kurtulur.

Güvence (eman) alarak islâm ülkesine giren bir kişinin mala ve kişiye kefilliği geçerli olduğu gibi, onun lehine yapılacak bu çeşit kefillikler de geçerlidir. Çünkü kefillik akdi, dünyaya yönelik işlemlerdendir. Bu kişi, ülkemize güvence (vize) alarak, bizimle ticârî işlemde bulunmak için girmiştir. Dolayısıyla, işlem konusunda bizimle eşit koşullara sahiptir.

Şayet ülkesine döner, sonra tekrar güvence alarak ülkemize girerse, kefillik eskiden olduğu gibi geçerliliğini korur. Çünkü ülkesine dönmekle, fiilen düşman ülke halkından biri olmuştur. Hükmen zaten bu ülkenin vatandaşıdır.

Bu, dinden çıkan hakkında açıkladığımız hükme kıyastır. Şayet bu kişi, yeniden esir alınırsa, lehine olan kefillik geçersiz duruma gelir. Çünkü esir düşmekle, sosyal durumu değişikliğe uğramıştır. Bu da, haklarını geçersiz duruma getirir. Mirasçısı da, hakları konusunda halefiyet yoluyla onun yerini alamaz. Önceden de açıklandığı gibi, dinden çıkan bir kadının durumu, bundan farklıdır.

Kendisinin kefilliğine gelince; dinden çıkan kadında olduğu gibi, esir düşmekle sosyal konumu değiştiği için onun kişiye kefilliği geçersiz duruma gelir. Burada, mala kefilliğinin durumu da böyledir; o da geçersizdir. Çünkü dinden çıkan bir kadının mala kefilliği terekeye yönelir. Burada ise, kefil olan kişinin bıraktığı herhangi bir mal yoktur. Bu yüzden mal kefilliği de geçersizdir.

Güvence alarak İslâm ülkesine giren bir düşman ülke vatandaşının, anlaşmalı ve normal kölesi, bütün bu konularda İslâm ülkesi vatandaşı olan gayri müslimlerin normal ve anlaşmalı köleleri gibidirler. Çünkü işlemlerle ilgili konuda bu kişiler, aldıkları güvence akdi nedeniyle zimmî halk konumundadırlar. Dolayısıyla normal ve anlaşmalı köleleri de zimmîlerin köleleri konumunu kazanırlar.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

BİR GRUP İÇİNDE YER ALAN KİŞİLERİN BİRBİRLERİNE KEFİLLİĞİ (ZİNCİRLEME KEFİLLİK) [20/34]

Bir kişinin, birisinde bin dirhem alacağı olsa, birbirine kefil olan üç kişi de bu borcun kefili olsalar, bu kefillik geçerlidir.

Zincirleme kefalet

Çünkü, bu kişilerden her biri, aslın bütün borcuna zincirleme olarak kefildir ve bu da geçerlidir. Kefillik, bir hakkın elde edilebilmesi için güvencedir. Bu güvencenin birden fazla olması mümkündür.

Sonra, bunlardan her biri, diğer ikisinin kefillik yoluyla üstlendiği borca kefil olmuştur. Kefil olan birisine kefillik de geçerlidir. Çünkü kefil, üstlendiği şeyi yerine getirmesi kendisinden istenilen kişidir. Kefilliğin geçerli olmasının koşulu, kefilin üstlendiği borcun kefil olunan kişiden istenebilmesidir. Çünkü kefilliğin gereği, aslın yükümlü olduğu borcun ondan istenebilmesidir.

Zincirleme kefillerin ödedikleri borcu birbirlerine rûcû etmeleri

Kefillerden birisi borcu ödediğinde, ödediği paranın bütününü almak için dilediğinde asıla başvurabilir. Çünkü onun ödemekle yükümlü olduğu borcu, yine onun emrine dayanarak kefil ödemiştir. Dilerse, diğer iki zincirleme kefile başvurur. Kefillikte ortak oldukları için onlardan ödediği paranın üçte ikisini alabilir. Çünkü hepsi, kefillikle yükümlülük üstlenmenin hükmü konusunda eşittirler. Dolayısıyla, ödemede de eşit olmalıdırlar. Dilerse; diğer iki ortağın birisine başvurarak ondan ödediğinin yarısını alır. Çünkü kendisiyle birlikte kefil olan bu iki kişiden birisiyle karşılaştığında ona; "ben ve sen, her ikimiz kefillik sorumluluğunda eşitiz. Çünkü her ikimiz de asıla kefiliz. Aynı zamanda üçüncü arkadaşa da kefiliz. Dolayısıyla, ödediğim paranın yarısını sen ver ki, kefillik sorumluluğunda eşit olalım," diyebilir. Ödediğinin yarısını bu arkadaşından alırsa, ikisi birlikte üçüncü kefile başvurur, ödenen malın üçte birini ondan isterler. Bu parayı ondan aldıklarında, aralarında yarı yarıya bölüşürler. Böylece o da, bu iki kefille birlikte kefillik sorumluluğunda ve ödemesinde eşitlenmişlerdir. Daha sonra her üçü de, ödenen borcun tamamını almak için asıla başvururlar. Çünkü kendisine, onun isteğiyle kefil olmuşlar ve gerekli ödemeyi de yapmışlardır.

Üç kişinin bin dirhem borcu olsa ve her üçü bu borçta birbirlerine zincirleme kefil olsalar, daha sonra içlerinden biri bu borcu ödese, ödemeyi yapan kişi, dilerse diğer ikisinden her birine ödediği malın üçte birini almak için başvurabilir. Çünkü onlardan her biri, bu borcun üçte biri konusunda asıldır. Ödemeyi yapan kişi, bütün borcun diğer üçte bir bölümlerinde arkadaşlarının kendi isteğiyle onlara kefil olmuştur. Dilerse; ikisinden birine ödediğinin yarısını almak için başvurabilir. Üçte bir için başvuruşun nedeni, bu üçte bire kefil olduğu ve onun adına ödendiği

içindir. Borcun altıda biri ise, ödemeyi yapanın karşılaştığı bu kişiyle birlikte, üçüncü kişinin ödemek zorunda olduğu üçte bire kefil oldukları içindir. Bu kefillik yükümlülüğünde ve ödemesinde, her iki kefil eşit olmalıdırlar. Dolayısıyla, karşılaştığı diğer kefile, yapılan ödemede eşitliği sağlamak amacıyla bu üçte birin yarısını almak için başvurabilir. Daha sonra her ikisi, üçüncü kişiye başvururlar. Onunla karşılaştıklarında paranın üçte birini ondan alarak aralarında yarı yarıya bölüşürler.

Muhammed (rh.a.)'in eseri *el-Asl*'da, Abdullah b. Cellâb'dan şöyle nakledilir: Bir kimse, parasını içlerinden dilediği kişiden alma koşuluyla bir topluluğa davar sattığında Şürayh (rh.a.) böyle bir koşulu kabul etmemiş, davarı satan kişiye; "en zenginini seç ve hakkının tamamını ondan al," demiştir. Bu olayl, alınan malın bedelinin ödenmesi konusunda hepsinin sorumlu olacağını ve grubun içinde yer alanların, üzerlerine düşen borç konusunda birbirlerine kefil olduklarını açıklamak için naklettik.

Böyle bir kefillik, hak sahibinin hakkına ulaşması konusunda daha fazla güven verir. Çünkü, bu şekildeki kefillik olmasa malı satan kişi, alacağını alım yapanların her birinden isteyemeyecek, sadece her birisinden (meselâ üç kişiden oluşan alıcılardan) alacağı olan üçte biri alabilecektir. Bu şekildeki bir kefillikten sonra, alacaklı, içlerinden kimi seçerse seçsin, bütün malı ondan isteme hakkına sahiptir. Aynı zamanda da asıl borcu isteme hakkı devam eder. Bu da, her birisinden üçte bir oranında alacağıdır. Rivayette anlatıldığı gibi; içlerinden dilediği kimseden alacağını alma koşulu konulmasının hükmü ile ödemede birbirlerine kefil olmalarının koşul konulmasının hükmü arasında bir fark yoktur. Birbirlerine kefil oldukları söylenilirken malın anılıp anılmaması da hükmü değiştirmez. Çünkü sözün işaretiyle bu zaten bilinmektedir.

[20/35]

Eğer konuşma sırasında; "varlıklı olanı fakir olana, diri olanı ölü olana kefildir," demişse, bu sözün herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Onların birisinden ancak malın üçte birini isteyebilir. Çünkü bu, bilinmeyen bir kimsenin, bilinmeyen birisine kefilliğidir. Hangisinin iflas edeceği, hangisinin zengin olacağı bilinemez ki; zengin olan diğerine kefil olsun. Hangisinin ölüp, hangisinin kalacağı bilinemez ki; yaşayan ölüye kefillik etsin.

"Üzerine, aleyhine" anlamındaki "alâ" = (على) edatı, bu meselelerde şu âyette olduğu gibi "an" = (عَنْ) edatı "adına, dan" anlamına kullanılır:

﴿ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ ﴾

"İnsanlardan kendilerine mal almak için ölçüm yaptıklarında ise ölçüyü tam yaparlar." (el-Mutaffifîn 83/2) ." Yani (insanlar üzerine değil), " insanlardan, insanlar adına" demektir.

Bilinmeyen birisinin kefilliği ise geçersizdir.

Bir kimsenin, dört kişiden bin ikiyüz dirhem alacağı olsa, içlerinden ikisi diğer ikisine bütün alacak konusunda kefil olsa, alacaklı isterse içlerinden seçtiği iki kişiden bu borcun tamamını alabildiği gibi, yalnız birisinden yediyüz elli dirhem de alabilir. İkisinden bütün alacağı alabilmesinin nedeni açıktır. Çünkü kefillik, zaten bu nitelikte gerçekleşmiştir. Her iki kişi, diğerleri adına bütün borca kefil olmuşlardır. Bu dört kişiden ikisi, hangileri olursa olsun, bütün borca kefildirler. İçlerinden birisinden aldığına gelince bu şöyle olur: Ondaki alacağı bütün borcun dörtte biri olan üçyüz dirhemdir. O kişi, bu miktardaki borçta asıldır. Bu borç ondan, asıl olma niteliğiyle istenir. Geriye kalan dokuz yüz dirhemde, diğer borçlulardan biriyle birlikte kefildir. Çünkü, kefillik akdinde bu koşul konulmuştur. Eğer bu kişi, kefillik yoluyla bütün borcu üstlenseydi, borcun hepsi kendisinden istenecekti. Ancak o, bir başkasıyla birlikte kefillik yoluyla bütün borcu üstlenmiştir. Dolayısıyla, kendisinden ancak kefil olduğu paranın yarısı istenebilir. Bu da, dörtyüz elli dirhemdir. Bu para, üçyüz dirheme eklenince, çıkan sonuç yediyüz elli dirhem olur. Onun için, borçluların birinden bu miktarda para istenebilir.

Borçlulardan biri, bütün paranın yarısı olan altıyüz dirhem verirse, o kişi bu yarının yarısında kendi adına ödeme yapmıştır. Dolayısıyla, bunun için bir şey almak üzere diğerlerine başvuramaz. Diğer yarı olan üçyüz dirhemde ise, arkadaşlarının isteğiyle onlara kefil olmuş ve bu kefilliğin bir gereği olarak onlar adına ödeme yapmıştır. Dilerse bu parayı almak için hepsine başvurabilir. Hepsiyle aynı anda karşılaşmışsa, onların her birinden yüzer dirhem alabilir.[17] İçlerinden birisiyle karşılaştığında da, ondan ikiyüz dirhem alır. Çünkü bu üçyüz dirhemin üçte biri olan yüz dirhemi, onun adına ödemiştir. Dolayısıyla bu parayı almak için, kendisine başvurur. Geriye ikiyüz dirhem kalır. Ödemeyi yapan kişi, karşılaştığı bu kişiyle birlikte bu parada diğerlerine kefildirler. Dolayısıyla, bir yüz dirhem daha almak için yine ona başvurur. Böylece diğerlerine kefillik yükümlülüğünde eşitleşmiş olurlar. Bu yüzden o kişiye başvurarak ondan ikiyüz dirhem alır.

Daha sonra her ikisi borçlulardan diğer birisiyle karşılaşırlarsa her biri 66 dirhem ve bir dirhemin üçte ikisi kadar para almak için ona başvurabilirler. Böylece ikiyüz dirhemin kefilliğini üstlenmede eşitlenmiş olurlar. Başka bir ifadeyle bu iki kişiden her biri onun adına elli dirhem vermiştir. Bunu almak için ona başvururlar. Geriye diğer bir yüz dirhem kalmıştır. Bu iki kişi, karşılaştıkları üçüncü kişiyle birlikte, bu parada dördüncü kişiye kefildirler. Ödeme ikisi tarafından yapılmıştır. Dolayısıyla, bu paranın üçte biri olan otuz üç dirhem ve dirhemin üçte birini (33 1/3) ondan almak için kendisine başvururlar. Bu ikisinden her birinin payına 16 2/3 dirhem düşer. Böylece her birinin ona başvuracağı paranın toplamı, 66 2/3 dirhem olur.

---

[17] Bu son cümle matbu metinde yoktur; el yazmasından alınmıştır. Bkz. Süleymaniye kütüphanesi, Damat İbrahim Paşa Nüshası, No: 650. Varak 267/a.

Her üçü, daha sonra dördüncü borçluyla karşılaşırlarsa, onların her biri, bu kişiden 33,1/3 dirhem alırlar. Çünkü bu üçü, dördüncü kişi adına yüz dirhem miktarında para ödemişlerdir. Dolayısıyla, her biri ödediği paranın üçte birini almak için ona başvurur.

[20/36] Eğer yarıyı ödemiş, daha sonra diğer borçlulardan birisiyle karşılaşmış ve ondan ikiyüz dirhem almış, ikiyüz dirhem veren borçlu da daha sonra kalanlardan biriyle karşılaşmışsa, karşılaştığı bu borçludan yetmişbeş dirhem alabilir. Çünkü, bu durumda o, karşısındakine; "Ödediğin yüz dirhemi kendi adıma, diğer yüz dirhemi de senin ve dördüncü kişi adına ödedim. Ödenenin yarısı senin için, diğer ödenen yarı da dördüncü kişi içindi. Sen de bu paraya kefil olma konusunda benimle eşit durumdasın. Dolayısıyla, kefil olunan bu paranın yarısı için sana başvuruyorum." der. Bu yüzden, karşılaştığı bu kişiden yetmişbeş dirhem alır.

İlk ödemeyi yapan borçlu da, üçüncüyle karşılaşırsa, ondan 62,5 dirhem alır. Çünkü onunla karşılaştığında ona şöyle der: "Senin ve dördüncü borçlu adına yüz dirhem ödedim. Bunun yarısı olan elli dirhem senden istiyorum. Çünkü bu parayı, senin adına ödedim. Geriye kalan elli dirhemi ise, dördüncü kişi adına ödedim. Bunun yarısı olan yirmibeş dirhemi senden ikinci borçlu aldı. Bu konuda, ona başvuracağız. Geriye yirmibeş dirhem kalır. Ben sana bunun yarısı olan on iki buçuk dirhem için başvurdum. Böylece, dördüncünün kefilliğini ödeme konusunda eşitleşmiş oluruz." Bu hesapla, sonuç olarak kendisine başvurabileceği toplam para, altmış iki buçuk dirhem olur.

Daha sonra bu ikisi, ikinci borçluyla karşılaşırlarsa, 8 1/3 dirhem almak üzere ona başvururlar. Ondan aldıkları bu parayı aralarında yarı yarıya paylaşırlar. Böylece, dördüncü adına kefil oldukları elli dirhemi ödemede onunla eşitleşirler.

Bundan sonra hepsi diğer borçlu ile karşılaşırlarsa, ondan da yüz dirhem alırlar. Çünkü her üçü de ona kefildirler. Onun adına yüz dirhem ödemişlerdir. Dolayısıyla bu parayı ondan alarak aralarında üçe pay ederler. Çünkü bu üç kişiden her biri, bu karşılıklı başvurmalardan sonra sonuçta onun adına 33 1/3 dirhem para ödemişlerdir.

Eğer bütün borcun yarısını ödeyen kişi, yetmişbeş dirhemi alan borçluyla karşılaşırsa, ondan bu paranın yarısını alabilir. Çünkü karşılaştığında ona; "Daha önce karşılaşmış ve kefillik ödemesinde eşitlenmiştik. Sonradan, üçüncü borçludan para aldığını duydum. Bu paranın yarısını bana vermen gerekir ki, verdiğimiz parada olduğu gibi aldığımızda da eşit olalım," der.

Bu paranın yarısını ondan aldıktan sonra, yetmişbeş dirhem ödeyen borçluya rastlarlarsa, 58 1/3 dirhem daha almak için de ona başvururlar ve bu parayı ondan alarak aralarında yarı yarıya bölüşürler. Çünkü daha önce de açıklandığı gibi, onunla her ikisi birlikte karşılaşsalardı; her biri, ondan 66 2/3 dirhemi alacaklardı. Dolayısıyla, ondan alacakları bütün para, 133 1/3 dirhem kadar olacaktı. Şimdi ise,

ondan ilk karşılaşmada yetmişbeş dirhem almışlardır. Dolayısıyla tamamı 133 1/3 dirhem olan paranın geriye kalanı için ona başvururlar. Bu da, 58 1/3 dirhem kadardır. Onlar bu parayı alır. Aralarında yarı yarıya bölüşürler. Daha sonra dördüncüyle karşılaşırlarsa, her üçü yüz dirhem için ona başvururlar. Önceden de açıklandığı gibi her biri, bu yüz dirhemin 33 1/3 dirhemini alır.

Bir kimsenin, üç kişiden oluşan bir grupta 1200 dirhem alacağı olsa ve bu kişiler birbirlerine kefil olsalar ve içlerinden biri bu borcu ödese, iki ortağından her birine verdiği paranın üçte birini almak için başvurur. Çünkü paranın üçte birini kendi adına, üçte ikisini de iki ortağı adına, onların isteğiyle onlara kefil olduğu için ödemiştir. Dolayısıyla, ödediği bu parayı onlardan alır.

Eğer ikisinden birisiyle karşılaşırsa, paranın üçte birini onun adına üstlendiği ve ödediği için ondan alır. Diğer üçte birin yarısını da, bu parada üçüncü kişiye kefillikte eşit oldukları için alır. Dolayısıyla, bu üçte birin yarısını almak için ona başvurur. Böylece kefillik sorumluluğu nedeniyle yapılan ödemede eşitleşirler.

İkisinden biri, ortada bulunmayan üçüncü borçluyla karşılaşır ve ondan bir şey alırsa, arkadaşı da kendisiyle karşılaştığında, önceden açıklanan hukuki gerekçeyle, aldığı bu şeyin yarısını ondan ister. Bunun hukuki gerekçesi şöyledir: Bu iki borçlu önceden karşılaştıklarında, üçüncü adına kefillik ödemesinde eşitleşmişlerdir. Dolayısıyla, üçüncü kişiden alınan parada da eşit olmaları gerekir. İkisinden birisi, üçüncüden bu kefillik nedeniyle bir şey almışsa, alınan bu paranın yarısını almak için diğeri ona başvurur. Böylece alınan parada da eşitlik sağlanmış veya alınan parada da aralarındaki eşitlik korunmuş olur. Nitekim, eşit koşullardaki kefilliğin gereği de budur. **[20/37]**

Bir borca farklı zamanlarda iki kişinin kefil olması

Bir kimsenin bir başkasında bin dirhem alacağı olsa ve birisi bu borca kefil olmuşsa, daha sonra yine bir başkası asıl borçluya kefil olursa, her iki kefillik de geçerlidir. Alacaklı, hangisini seçerse bütün alacağı ondan alabilir. Çünkü bunlardan her biri, asıl borçluya kefil olarak, bütün borcu üstlenmiştir. Bunun için her biri ayrı ayrı akit yapmışlardır. Bu da geçerlidir. Birinci kefillikten sonra asılın üzerindeki borç da, önceden olduğu gibi, devam etmektedir.

Alacaklı, iki kefilin birinden alacağını ister, o da verirse; ödediği parayı almak için bu kefil diğer kefile başvuramaz. Çünkü ikinci kefil, bu kişiye kefil olmamış, bağımsız olarak kendi yaptığı akitle asıl borçluya kefil olmuştur. Ortada zincirleme kefillik yoktur. Dolayısıyla, asıl borçlunun isteğiyle ona kefil olduğuna göre, diğer kefile değil, asıla başvurur.

Eğer içlerinden hiçbiri, bir şey ödememiş, her iki kefil de alacaklıya; "bizler, bu malda birbirimize kefiliz" der, daha sonra da içlerinden birisi bu borcu öderse, ödemeyi yapan kişi, ödediğinin yarısını almak için diğer kefile başvurabilir. Çünkü bu iki kişi, ikinci akitle kefillik sorumluluğunda kendilerini birbirlerine eşit duruma getirmişlerdir. Artık onlardan her biri, aslın borcuna kefil olduğu gibi, arkadaşının

isteğiyle ona da kefildir. Kefillik konusunda ikisi eşitlendiğine göre, kefillik sorumluluğu nedeniyle yapılan ödemede de eşitlenmeleri gerekir. Bu da, verdiğinin yarısını almak için diğerine başvurmakla mümkündür. Daha sonra da, bütün ödeneni almak için her ikisi de asıl borçluya başvururlar.

Bir kimsenin, birisinde bin dirhem alacağı olsa, bir adam o kimse yerine borçlunun isteğiyle borca kefil olsa, alacaklı da bu alacağını kefilden istese, o da bu borca başka bir kefil gösterse, daha sonra da bu borcu, alacaklıya son kefil ödese, ödediğini almak için asıl borçluya başvuramaz. Çünkü o, aslın kefilliğini üstlenmemiş, bu konuda asıl da kendisinden böyle bir kefillik istememiştir. Kefilin ödeme yaptıktan sonra başvurma hakkı, asılın ondan kefillik isteme nedenine dayanır. Bu durumda o kişi, bu kefilliği kendisinden isteyene başvurabilir. O da, birinci kefildir. Daha sonra ilk kefil olan bu kişi de, asıla başvurur. Çünkü kendine kefil olan kişi, ödemeyi onun isteğiyle yapmıştır. Bu durumda, ödemeyi tıpkı kendisi yapmış gibidir.

Ayrıca, alacaklının, bunu asıldan isteme hakkını, diğer kefile kendi malından yaptığı ödemeyle düşürmüştür. Bu durumda, sanki alacaklıya ödemeyi bizzat kendisi yaparak borcu düşürmüş sayılır.

Şayet asılın borcuna iki kişi kefil olsa, ancak bu kişiler; "arkadaşıma da kefil oluyorum," demese; alacaklı, bu kefillerin her birinden borcun yarısını isteyebilir. Çünkü her iki kefil, bu borcu tek bir akitle üstlenmişlerdir. Dolayısıyla her biri borcun yarısını üstlenmiş olurlar. Nitekim, iki alıcı veya birisine borç ikrarında bulunan iki kişinin durumu da böyledir. İçlerinden hangisi borcun yarısını öderse, herhangi bir şey almak için arkadaşına başvuramaz. Çünkü bu kişi, arkadaşına karşı bir şey üstlenmemiş, asıl adına borç üstlenmiştir. Dolayısıyla, asılın isteğiyle ona kefil olduğuna göre verdiğini almak için de yine ona başvurur.

Şayet herhangi bir ödeme yapmamışlar ve alacaklıya; "içimizden hangimizi seçersen alacağı ondan alabilirsin" veya "bizlerden her biri bu mal konusunda diğerine kefildir," derse; alacaklı, alacağının bütününü dilediğinden isteme hakkına sahiptir. Çünkü bu fazlalık, birinci kefilliğe ek olarak sonradan getirilmiştir. Her ikisi de, bu hakka sahiptirler. Dolayısıyla, birinci kefillik akdinin gerçekleştiği sırada söylenmiş gibi kabul edilir. Alacaklı, malın bütününü, dilediğinden alır. Eğer ikisinden birinden alırsa; o kişi de verdiğinin yarısını almak için diğer arkadaşına başvurur. Böylece, her biri diğerine kefillik sorumluluğunda eşit olduğu gibi, kefillik ödemesinde de eşitleşmiş olurlar. [20/38]

Şayet alacaklı, içlerinden birisiyle karşılaşır ve o kişi de, arkadaşının isteğiyle böyle bir koşul koyar, daha sonra da diğer kefil arkadaşıyla karşılaşır, yine diğerinin isteğiyle ona da diğerinin benzeri bir koşul koyar ve koşullar kabul edilirse, hüküm yine aynıdır. Çünkü her biri diğerine kefil olmuştur. Çünkü böyle bir durumda bu kefillerden her biri, hem asıla hem de diğer kefil arkadaşına kefil olmuştur. Her

birinin diger arkadaşına aynı anda kefil olmasıyla, tek tek kefil olması arasında bir fark yoktur. Nitekim her birinin asıla kefilliği konusunda da, böyle bir fark gözetilmez.

Bir belgede "bir kimsenin, bir başkasına bin dirhem borcunun olduğu ve filan ve filan kimselerin de bu borca kefil oldukları, hangisinden istenirse alacaklının parayı ondan alacağı" yazılır, borçlu ve kefiller de bu yazılı metni ikrar ederlerse yazının hükmü geçerlidir. Çünkü bir hakkın gündeme getirilmesi konusunda, ikrarın bir yazıya dayandırılması, yazılı olan şeyin bizzat söylenmesi gibidir. Şayet kefillerden birisi bu borcu öderse; dilerse, borcun tamamını almak için asıla, dilerse yarısını almak için diğer kefile başvurabilir. Şayet diğer kefile başvurur ve yarısını ondan alırsa, her ikisi birlikte ödenen bütün parayı almak için asıla başvururlar. Çünkü her birinin ikrar ettiği borç, eldeki belgede yazılıdır ve bu yazı, asılın kendilerinden kefillik istediğini ve her birinin diğerine onun isteğiyle kefil olduğunu gösterir. Dolayısıyla, her birinin bu yolla diğerine kefillikte eşitliği kesinlik kazanır.

Bir kimsenin on kişilik bir grupta bin dirhem alacağı olsa, bunlardan dördü, diğer dördüne bütün alacak için kefil olsa, bu kefillik de, daha önce de söylendiği gibi, geçerlidir. Alacaklı, bu dört kişinin her birinden bütün alacağı isteyebilir. Çünkü bu dört kişi, kefilliği bu şekilde üstlenmişlerdir. Şayet parayı onlardan birisinden alırsa, aldığı kişi, diğerlerine üçyüz yirmibeş dirhem almak için başvurur. Çünkü bu borcun yüz dirheminde, zaten asıldır. Geriye kalan dokuzyüz dirhemde üç arkadaşıyla birlikte diğer arkadaşlarına kefildir. Bu meblâğın kendi payına düşeni dörtte birdir; o da ikiyüz yirmibeş dirhem tutar.

Şayet ikisinden alırsa onlardan altıyüz dirhem alır. Çünkü bu iki kişi ikiyüz dirhemde asıldırlar. Geriye kalan sekizyüz dirhemdir. Bu sekizyüz dirhem de diğer iki kişiyle birlikte öbürlerine kefildirler. Bu sekizyüz dirhemden onların payına yarısı olan dörtyüz dirhem düşer.

Şayet onların üçünden alacak olursa; onlardan sekizyüz yirmibeş dirhem alır. Bunun üçyüz dirhemi asıl borçlu olmaları nedeniyledir. Çünkü bu üçyüz dirhemin her yüz dirheminde, bu üç kişinin her biri asıldır. Geriye kalan yediyüz dirhemde, dördüncü kişiyle birlikte, kalan diğerlerine kefildirler. Dolayısıyla, kalan paranın dörtte üçü olan beşyüz yirmibeş dirhemden sorumludurlar.

Onlardan birisinden alacağını isterse, o da bin dirhemin dörtte birini alır. Bu ikiyüz elli dirhemin yüz dirhemi, zaten onun borcudur. Bu miktarda, asıl borçlu konumundadır. Asıl olan bir kimse, kendi adına ödediği bir parada başka birisine başvuramaz. Geriye kalan yüzelli dirhemi ise arkadaşları adına vermiştir. Diğerlerinin her birinin bu paradaki payı, dokuzda birdir. Şayet onlarla toplu olarak karşılaşırsa, her birinden bu kadar miktar alır. Yüz elli dirhemin dokuzda biri de on altı dirhem ve bir dirhemin üçte ikisi kadardır.

Eğer içlerinden birisiyle karşılaşırsa, 16 2/3 dirhem kadar bir meblâğ almak için ona başvurur. Çünkü onun adına bu kadar ödeme yapmıştır. Ardından 133 1/3 dirhem borcun yarısını da almak için yine ona başvurur. Bu miktarın yarısı da 66 2/3 dirhem kadardır. Kefillik nedeniyle yaptığı ödemede eşitliği sağlamak için, bu kadar meblâğ almak üzere ona başvurur. Çünkü her ikisi diğerlerine kefil olma konusunda eşittirler. Dolayısıyla kefilliğe dayalı ödemede de eşit olmaları gerekir. [20/39]

Karşılaştığı kişi bu parayı ona verir, ardından da ikisinden biri, diğer borçlulardan biriyle karşılaşırsa, ondan yüzelli dirhemin dokuzda birisinin yarısını, yani 1/18'ini alır. Çünkü birinciyle birlikte onun adına borcun dokuzda birini ödemişlerdir. Onun payına düşen, bu dokuzda birin yarısıdır. Ardından, yine ona bin dirhemin on sekizde üç buçuğu oranında başvurma hakkına sahiptir. Çünkü karşılaştığı bu kişiyle birlikte kefil olma konusunda eşittirler. Dolayısıyla geriye kalan yedi kişiye, kefil olarak ödeme yapma konusunda da eşit olmaları gerekir. Bu kişi, onlar adına üç buçuk oranında ödeme yapmıştır. Dolayısıyla, bunun yarısını almak için ona başvurur. Böylece, yapılan kefillik ödemesinde de eşit duruma gelmiş olurlar.

Eğer birinci kişi, bu parayı teslim aldıktan sonra ikinciyle karşılaşırsa, o kişi, bunun aldığı paranın yarısını almak için, gerekçesi daha önce de açıklandığı gibi, ona başvurur. Bu ikisi, karşılaştıklarında kefillik ödemesi konusunda eşitleşmişlerdi. Daha sonra, ikisinden birisine yeni bir para ulaşınca, diğeri kefillik nedeniyle alınan parada da eşitliğin sağlanması için, ondan bunun yarısını alır.

Daha sonra her ikisi, üçüncü kişiyle karşılaşırlarsa, dokuz paydan dokuzda üç ve bu dokuzun yirmi yedide birini başvururlar. Çünkü onlar, diğeriyle birlikte kalanlara kefildirler. Dolayısıyla, kefilliğe dayalı ödemede de eşit olmaları gerekir. Görmez misin, ödemeyi yapan iki kişi, üçüncüyle birlikte karşılaşsalardı, ona 3/9 ve dokuzda birin üçte biri oranındaki paranın tamamını almak için başvuracaklardı. Ondan bunun bir kısmını içlerinden birisi aldıktan sonra, arkadaşıyla birlikte onunla yeniden karşılaşırlarsa, hüküm yine böyledir.

Bir kimsenin, üç kişilik bir grupta bin dirhem alacağı olur ve bu kişiler, bu borçta birbirlerine kefil olurlar, sonra da içlerinden biri yüz dirhem ödeme yaparsa, arkadaşına herhangi bir şey almak için başvuramaz. Çünkü borcun üçte birinde o zaten asıl borçludur. Bu miktara kadar yaptığı ödemede de asıldır. Dolayısıyla, verdiği para üçte bir veya daha az olduğu sürece bir şey almak için diğerlerine başvuramaz. Eğer; "bu parayı arkadaşım adına veya arkadaşlarımdan biri adına ödedim," derse, yine de iki açıdan onun başvurma hakkı yoktur.

Bunlarda birisi; kendi asıl borcunun, zimmetinde sabit oluşudur. Kefil olduğu parada ise kendisinden başkasının zimmetindeki bir borç istenmektedir. Ödenen para, bu kişinin kendi malıdır. Dolayısıyla, üzerinden asıl borcunun düşmesi için verilmiş bir mal olması, daha uygundur. Çünkü bu yol, daha kısa ve amaca

ulaşılması açısından daha çabuktur. Çünkü, ödenen para başkası adına ödenmiş sayılsaydı o kişiye başvurmaya ihtiyaç duyulacaktır. Kendi adına ödeme yaptığında, hiç kimseye başvurmak zorunda değildir. Ayrıca, verilen para, diğer iki arkadaşı adına verilmiş sayıldığında, bu kişiler de; "onun bizim isteğimizle kefil olması ve ödeme yapması bizim ödeme yapmamız gibidir. Şayet biz ödeme yapsaydık, bizim de; ödemeyi senin adına yaptık, dememiz gerekirdi," diyeceklerdi. Böylece bu ödeme ve başvurma, kısır bir döngü şeklinde dönüp duracaktı. Bu yüzden, ödeme yapan bu kişiyi, üçte bire kadar yaptığı ödemede, kendi adına ödeme yapmış kabul ediyoruz.

Bir kimsenin, köleleriyle bin dirheme özgür olma (mükâtebe) anlaşması yapması işlemi, bundan farklıdır. Kölelerden her biri, diğerlerine kefil olmuşlar, daha sonra bu kölelerden birisi efendiye herhangi bir ödeme yapmışsa, yapılan bu ödeme, özellikle ödemeyi yapan kişinin değil, hepsi adına yapılmış bir ödemedir. Çünkü, burada yapılan ödemeyi, özellikle ödemeyi yapan kişinin kendi ödemesi sayacak olursak; o kişi, kendi payını ödeyip bitirdiğinde, zimmeti yükümlü olduğu bedel borcundan kurtulacağı için, özgürlüğüne kavuşacaktır. Efendi ise, ancak bütün bedel kendisine ulaştığında onların özgür edilmesine rıza göstermiş, içlerinden yalnız birisinin özgürlüğüne razı olmamıştır. Bu kişinin ödediği paranın, kendi adına ödenmiş sayılması, akit sırasında konulmuş bir koşul gibi kabul edilir. Bu da geçerli değildir. Bu yüzden ödenen para, hepsi adına yapılan bir ödeme kabul edilir. Yukarıdaki konuda ise durum böyle değildir. **[20/40]**

Borçlu bir kişi, ona kefil olanlar üç kişi ve kefiller birbirlerine de kefil iseler, onların durumu da bunlardan farklıdır. Nitekim bu üç kefilden herhangi biri, daha sonra ödemede bulunmuşsa, bu ödemenin üçte ikisini almak için, arkadaşlarına başvurabilir. Dilerse, içlerinden birisine başvurarak, ödediğinin yarısını ondan alabilir. Çünkü burada asıl borç, bu üç kefilden başkasına aittir. Onlar, kefillik yoluyla aslın borcunu üstlenmişlerdir. Kefillik konusunda, hepsinin durumu eşittir.

Eğer ödediği paranın üçte ikisini almak için diğer iki ortağına başvururşa, bu kısır döngüye neden olmayacaktır. Çünkü bu iki kişi, ödediklerini almak için yeniden ona başvuramayacaklardır. Daha önce açıklandığı gibi, incelenen konu bundan farklı bir konudur.

Şayet bu kişi, üçte birden fazla ödeme yaparsa, bu fazlalığın diğer iki arkadaşı tarafından yarı yarıya paylaşarak karşılanması gerekir. Çünkü üçte biri aşan fazlalık, kefillik akdinin gereği olarak ödenmiştir. O, diğer iki arkadaşına kefildir. Onlar adına ödediğini almak için kendilerine başvurduğunda, diğer iki arkadaş ona başvuramazlar. Çünkü üstlendiği borcu ödeyerek, zimmetini borçtan arındırmıştır.

Eğer yaptığı ek ödemeyi, iki arkadaşından birisi adına yapıp, diğeri adına yapmak istemezse; bu ayırım geçerli değildir. Çünkü mal, zimmette borç olan tek

bir maldır. Onunla ilgili bir ayırım yapılamaz. Yapılsa da geçerli değildir. İkisinden birisi adına niyet etmişse, bu niyet geçersizdir.

İçlerinden birisiyle karşılaşırsa, yaptığı fazla ödemenin yarısını onun payına düştüğü için ondan alır. Çünkü bu miktarı, onun adına ödemiştir. Ayrıca, diğer kişi adına yaptığı ödememin yarısını da alabilir. Çünkü karşılaştığı bu kimseyle birlikte, onun üstlendiği borca da kefil olmuşlardır. Dolayısıyla, üstlendikleri kefillik borcunda eşit duruma gelmeleri gerekir. Bu da, üçüncü arkadaşları adına yapılan ödemenin yarısını ondan almakla mümkündür.

Bir kimsenin, birisinde bin dirhem alacağı olsa, iki kişi de bu borçluya; alacaklı hangisinden isterse ondan alabilme koşuluyla kefil olsalar, daha sonra kefillerden birisi yüz dirhem ödeme yapsa ve; "bu para, benimle beraber kefil olan arkadaşım adınadır," dese, ödemenin hükmü, söylediği gibi olamaz. Ödeme, bütün borçtan bir parçasını ödeme olur. Ödemeyi yapan, bunun yarısını almak için diğer arkadaşına başvurabilir. Çünkü kullanılan ifadeye dayanarak borç, her ikisinden de istenebilir. Her ikisi de, arkadaşı adına asıl borçluya zincirleme kefil olmuşlardır. Ödenen parayı, arkadaşı adına ödenmiş sayarsa, arkadaşının da onun adına ödenmiş bir para yapması gerekir. Bu da kısır döngüye neden olur.

Ancak bu konunun asıl açıklaması şöyledir: Her iki kefil de, kefillik sorumluluğunda eşittirler. Bu eşitlik de, ya diğer arkadaşa başvurularak ödenen paranın yarısının ondan alınmasıyla, ya da asıl borçludan bütününün alınmasıyla mümkündür.

Bir kimsenin iki kişide, bin dirhem alacağı olur, borçlular da, birbirlerine kefil olurlarsa; alacaklı, içlerinden birinden bu parayı istediğinde, o da ödemesi gereken paraya bir başkasını kefil gösterir, daha sonra da bu kefil, borcu öderse; kefil olan kişi, ödediği parayı almak için, özellikle kendisinden kefil olmasını isteyen kişiye başvurur. Çünkü ondan kefil olmasını isteyen kişi, baştan kendisinden borç istenmesini üstlenerek zimmetini borçlu duruma sokmuştur. Ödemeyi o üstlenince, alacaklı da, başkasına değil, borcu isteyen ve üstlenen kişiye başvurabilir. Bu kişinin kefil olmasını istemeyen borçlu ise, ondan herhangi bir borç isteğinde bulunmamıştır. Onun hakkında kefil, kendisinden hiçbiri, kefil olmasını istememiş gibidir. Bu yüzden ödemeyi yapan kişi, ona başvuramaz.. Ancak kendisinden kefil olmasını istediği kişiye başvurur. Parasını ondan alırsa, o kişi de, ödediğinin yarısını almak için diğer arkadaşına rücû edebilir. Çünkü ödediği malı, anlatıldığı şekilde, borç alarak ödemiştir. Bu paranın yarısında, diğer arkadaşının isteğiyle ona kefil olmuştur. Dolayısıyla ödeme yapıldıktan sonra, alacaklıya ödemeyi kendisi yapmış gibi ona başvurabilir.

[20/41] Eğer her ikisi de bu kişiden kendilerine kefil olmasını istemişler, o da kefil olmuş, birbirlerine kefil olma koşulu da koyulmamışsa, kefil onlar adına ödeme yaptığında, her birine ödediğinin yarısını almak için başvurabilir. Çünkü kefillik

yoluyla onlar adına mal üstlendiğinde, bütün malı üstlendiği için her birisi adına malın yarısını üstlenmiş sayılır. Nitekim bir şey, iki kişiye dayandırıldığında sözün mutlak ve genel anlamı budur. Ödeme yapıldığında bu kişilerin her birine onlar adına yapılan ödeme kadar, başvurulur. Ayrıca, bu kişilerin her biri borcun yarısında asıldırlar. Kefil olan kişinin kefilliği, o kişinin asıl olduğu borçta geçerli olur.

Eğer baştan birbirlerine kefil olma koşulu konulmuş, kefil olan diğer kişi de, bin dirhem borcu ödemişse; dilerse, ikisiyle birden karşılaştığında her birine ödediğinin yarısını almak için başvurur. Dilerse, birisiyle karşılaştığında ödediği paranın dörtte üçünü ondan alır. Aldığı bu paranın yarısı, karşılaştığı bu kişiye bu parada kefil olduğu ve onun adına ödeme yaptığı içindir. Dolayısıyla, ödediği parayı almak için de ona başvurur. Diğer yarıya gelince; ödemeyi yapan bu kişi, karşılaştıkları kişiyle birlikte bu parada diğer kişiye kefil oldukları içindir. Çünkü, "birbirlerine kefil olma koşuluyla" sözüyle belirtilen koşulun gereği budur. Dolayısıyla, üstlendikleri bu kefillik sorumluluğunda eşit olmaları gerekir. Bu da ikinci yarının yarısı için ona başvurulmasıyla gerçekleşir. Daha sonra her ikisi, üçüncü kişiyle karşılaşırlarsa, ödenen paranın yarısı için ona başvururlar. Çünkü bu parayı, üstlendikleri kefillik nedeniyle onun adına ödemişlerdir. Dolayısıyla, bu parayı aralarında yarı yarıya bölüşürler.

Birbirine kefil olan iki borçlunun üçüncü bir kişiyi kefil göstermeleri

Eğer bir kimsenin, iki kişide toplam bin dirhem alacağı olur, bu kişilerin her biri diğerinin kefili olur, alacaklı da borcunu bu iki kişinin birisinden ister, o da bütün borç karşılığı birisini kefil gösterir, daha sonra alacaklı alacağını diğerinden de ister, o da borca aynı kişiyi kefil gösterir, bu kefil de parayı ona öderse, ödediği bin dirhemin bütününü, borçlulardan hangisini isterse ondan alabilir. Çünkü borçluların her biri, bütün borçtan sorumludur. Kefil olan kişi de, yapılan ayrı ayrı kefillik akdiyle bütün mal için her birine kefildir. Ödeme sırasında, açıklama hakkı ona aittir. Yaptığı ödemeyi, dilediği kişiye dayandırabilir. Bütün alacağını ondan isteyebilir.

Bu konu şuna benzer. Bir kimsenin bir başkasında senetli alacağı olur ve karşılığında da elinde rehin bulunursa, yine bir başka senette de bin dirhem alacağı kayıtlı ve onun karşılığında da rehin varsa, bin dirhemi ödediğinde ödemeyi yapan kişi, hangi senette yazılı olan borcun karşılığı olduğunu belirtme hakkına sahiptir. Hanginin karşılığı olduğunu belirtmişse, onun karşılığı olan rehini geri alır.

Bizim konumuzda kefilin yaptığı ödemede de, durum böyledir. Görmez misin birinciye kefil olduğunda, ödediği bütün parayı almak için ona başvuracaktı. Ancak birinci hakkında sabit olan kefillik hükmü, aynı hukukî anlamı taşıdığı için ikinci hakkında da aynen sabittir.

Eğer herhangi bir ödeme yapmaz, alacaklı kendilerinden alacağını ister, onlar da birbirlerini kefil gösterirler, daha sonra da kefil olan bu kişi, onların borçlarını

öderse, ödediği paranın dörtte üçünü almak için ikisinden birine başvurabilir. Çünkü bu son kefillik, öncekinin hükmünü ortadan kaldırır. Önceki kefillik, iki ayrı akitle yapılmıştır. Kefil her bir borçluya borcun bütününde kefildir. Bu ikinci ise, bir tek akittir. Bu akitte her biri diğer arkadaşının da kefilidir. İkinci akdi yapmaya yönelmeleri, yaptıkları önceki akdi bozma sayılır. Bu akdin bütününü onlar yapmıştı. Bozma hakkı da yine onlara aittir.

Bu durum, bir kişiye bin dirheme bir şey satıp, daha sonra bu akdin alış-veriş yapanlarca iki bin dirhem satış bedeliyle yenilenmesine benzer. Bu ikinci alış-veriş, birinci alış-verişi bozar.

Hükmün böyle olduğu sabit olunca; bu mesele, bu durumuyla bir öncekine
[20/42] benzer. İkisinin durumu da, aynıdır. Çünkü kefil olan son kişi, kefillik nedeniyle ödediği malın yarısını almak için içlerinden birisine başvurabilir. Diğer yarının yarısını da, bu yarıda üçüncü kişiye kefillikteki eşitliğin gereği olarak ondan alabilir.

Bir kimsenin, bir başkasında, bin dirhem alacağı olur, iki kişi de birbirlerine kefil olmak koşuluyla, o kişinin bu borcuna kefil olurlarsa, daha sonra alacaklı, bu kefillerden birisinden alacağını ister, o da borca bir başkasını kefil gösterirse; bundan sonra alacağını ikinci kefilden ister, o da borcu için aynı kişiyi kefil gösterir, ardından da son kefil, bu parayı öderse, ödediği parayı almak için kefillerden hangisini isterse ona başvurabilir. Çünkü iki kefile kefil olmak, iki asıla kefil olmak gibidir. Bu durumda, kefillerin her ikisinden de bütün borç istenebilir. Önceden de açıklandığı gibi; kefillik akdi, her ikisi adına ayrı ayrı yapılmışsa, kefil olan kişi, bütün borç için ikisinden dilediğine başvurabilir. Bu konu da onun gibidir. Son kefil, asıl borçluya başvuramaz. Çünkü kendisine kefil olmasını, o istememiştir.

"Asıl borç, borçlu üzerinedir. O borçtan kurtulunca, son kefil de kurtulur," denilemez. Çünkü borcu ödeme sırasında ona başvurulması, asıl borçlu o olduğu için değil, kendisine kefil olunmasını o istediği içindir. Kendisinden kefil olmasını o istememişse, kefil olan kişinin ona başvurma hakkı yoktur.

Herhangi bir ödeme yapılmadan alacaklı kefiller ister; kefiller de birbirlerine kefil olurlar, daha sonra da son kefil borcu öderse; iki kefilden birine başvurarak ondan borcun dörtte üçünü alabilir. Daha önce de açıklandığı gibi; bu son kefillik, birinci kefillik akdini bozar. Asıl geçerli olan bu kefilliğin hükmüdür.

Eğer; "bu kefilliğe dayanarak iki kefilden biri, ödediğinin yarısını almak için diğerine başvurabilmelidir. Çünkü bu üç kişiden biri, asıl borçlu değildir. Böyle olunca da, birbirlerine kefil olmak koşuluyla asıl borçluya üç kişi kefil olmuş gibidir," denirse;

Buna şöyle cevap verilir: Bu söylenilen, son kişi, diğerleriyle birlikte asıl borçluya kefil olduğunda geçerli olabilir. Böyle bir kefillikte, hepsi daha baştan asıl borçluya kefil kimseler gibidirler. Burada ise öyle olmamıştır. Son kişi, ilk kefil olan kişilere kefil olarak kalmıştır. Bu iki kişi ile son kefil arasındaki birinci kefilliğin

hükmü bozulmuştur. Çünkü o, daha önce bunlardan birisine bütün borç için yalnız başına kefildi. Şimdi ise onların her birine borcun yarısı için kefil olmuştur. Bu kişi, arkadaşıyla birlikte diğerine yarı yarıya kefilliğe eşittir. Bu yüzden, ödediğinin dörtte üçünü alabilmek için ona başvurabilir.

Daha ödeme yapmadan üç kefil, asıl borçluyla karşılaşırlar ve borç konusunda birbirlerine kefil olurlar, daha sonra da son kefil olan kişi, borcu öderse ödediğinin üçte ikisini almak için arkadaşına başvurabilir.

Eğer içlerinden birisiyle karşılaşırsa, ödediği paranın yarısını almak için ona başvurur. Çünkü bu kefillik ile daha önceki kefillik, her üçü hakkında da geçersiz duruma gelmiştir. Hem ilk kefil, hem de son kefil, bu kefillik akdiyle önceki iki kefil gibi asıl borçluya kefil olmuşlardır. Bu kefillik, her üçünün daha başlangıçta birbirlerine kefil olmalarına benzer. Böyle bir durumda, içlerinden birisi borcu ödediğinde, ödediğinin üçte ikisini almak üzere diğer iki arkadaşına başvurabilir. Eğer ikisinden birisiyle karşılaşırsa, ödediğinin yarısını almak için ona başvurabilir. Burada da durum öyledir.

Şayet bütün borcu, ilk iki kefilden birisi öderse, bu kişi diğer iki kefilden her birine ödediğinin üçte birini almak için; içlerinden birisiyle karşılaşırsa, ona da yarısı için başvurabilir. Çünkü önceki iki kefille sonuncu kefil, aralarında şu anda var ve sabit olan kefillikte eşittirler. Aralarındaki farklılık, önceki kefillik konusundadır. O kefilliğin hükmü de son bulmuştur. **[20/43]**

Bir kimsenin, başkasında bin dirhem alacağı olur, üç kişi de bu borca kefil olurlarsa, bütün parada da birbirlerine kefil olsalar ve kefillerden birisi borcu öder, ardından da diğer kefillerden biriyle karşılaşırsa, ondan ödediğinin yarısını alır. Daha sonra birinci kefil, hiçbir şey vermeyen diğer kefille karşılaşır ve ondan ikiyüz elli dirhem alırsa, her ikisi de ortanca kefile yüz altmış altı tam üçte iki (166 2/3) dirhem öderler. Çünkü, her üçü de kefillik sorumluluğunda eşittirler. Dolayısıyla, kefillik nedeniyle her birinin ödemesi gereken para bin dirhemin üçte biridir. Ortanca kefil, bunun beşyüz dirhemini ödemiştir. Ona 166 2/3 dirhem geri verilmelidir ki, onun ödediği de binin üçte biri olsun.

Bu bin dirhemi ödeyiş şekilleri, netlik kazanmamıştır. Her biri ona, 83 2/3 dirhem öderler. Çünkü diğer kefil, birinciye iki yüzelli dirhem ödemiştir. Ortancaya da 83 2/3 dirhem öder. Böylece kefillik yoluyla ödediği binin üçte biri olur. Birinci kefile, yedi yüzelli dirhem ulaşmıştır. O da ortancaya 83 2/3 dirhem öder. Sonuçta kendine dönen para, ödediğinin üçte ikisi olur. Kefillik nedeniyle onun ödediği de binin üçte biridir. Bu şekilde ödeme yapınca, bin dirhemi hep birden asıl borçluya başvururlar. Ondan aldıklarını aralarında üçe pay ederler.

Bir kimsenin, başka birinde bin dirhem alacağı olur, bir başkası da buna kefil olur, daha sonra kefil olan kişi, birinden alacaklı lehine kendisine kefil olmasını ister, ardından da alacaklı alacağını hepsinden ister ve bu kişileri birbirine kefil

yapar, daha sonra da ilk kefil borcu öderse, ödediği paranın yarısını almak için diğer kefile başvurabilir. Çünkü en son kefillik, önceki kefilliği bozmuştur. İlk kefilliğin gereği, son kefil, asıl borçlunun değil, birinci kefilin kefiliydi. İkinci kefillikte ise, hem asılın hem de birinci kefilin kefili olur. Yine birinci kefilliğin gereği olarak ilk kefil, ikinci kefile kefil değildi. Sonuncu kefillikte ise, ilk kefil daha sonraki kefilin kefilidir. Birinci kefilliğin hükmü ortadan kalktığına göre; artık geçerli hüküm, son kefilliğin hükmüdür. Her iki kefil de, bu kefillik akdinde asıl borçluya kefil olma konusunda eşittirler. Dolayısıyla, ödemeyi yapan kişi, ödediğinin yarısını almak için diğer kefile başvurabilir. Böylece kefillik nedeniyle yapılan ödemede eşitlenmiş olurlar.

Eğer bir kimsenin, iki kişide bin dirhem alacağı olur ve borçlulardan her birisi bu borca kefil olurlar, daha sonra da içlerinden birisi borç için bir kefil gösterir, alacak diğer borçludan istendiğinde o da, diğerinin kefil gösterdiği aynı kişiyi bu borca kefil gösterir ve kefil gösterilen bu kişi, bin dirhem olan borcu öderse, ödediği parayı almak için hangisini isterse ona başvurabilir. Çünkü ayrı ayrı kefillik akdiyle bütün borçta borçluların her birine kefil olmuştur.

Eğer herhangi bir ödeme yapmamış, alacaklı da onlardan alacağını istemiş ve birbirlerine kefil etmiş, onlar da bu borç için birbirlerine kefil olmuşlarsa, sonradan kefil olan kişi, bin dirhem olan bu borcu ödemişse, ödediği paranın dörtte üçünü
[20/44] almak için dilediği borçluya başvurabilir. Çünkü bu son kefillik, ilk kefilliği bozmuştur. Yapılan son kefillik akdinde, kefil olan kişi, her bir borçlunun payına düşen yarı borcu üstlenmiştir. Kefil, para aldığı bu kişiyle, bütün borcunun yarısı olan üçüncü kişinin payına kefillik konusunda eşit durumdadır. Bu yüzden ödeme yaptıktan sonra, bu kişiden yapılan ödemenin dörtte üçünü istemek için başvurabilir. Şayet daha sonra diğer kişiyle karşılaşırsa, ondan ikiyüz elli dirhem alır. Borcun dörtte üçünü ödeyen diğer borçlu ise, diğer borçludan alınan bu ikiyüz elli dirhemin yarısını kefilden almak için ona başvurabilir. Çünkü her ikisi de, diğerine kefillik sorumluluğunda ve yapılan ödemede eşittirler. Dolayısıyla, kefil oldukları kişiden alınan parada da eşit olmaları gerekir. Kefil olunan kişiden alınan da, borcun geriye kalan bölümüdür. Diğer kefil, bu paranın yarısını ona verdiğinde eşitlik gerçekleşmiş olur.

Eğer kefil, herhangi bir ödeme yapmayıp da ödemeyi borçlulardan birisi yapsa, kefile başvurarak ondan ikiyüz elli dirhem alabilir. Çünkü borcun yarısında, kendisi asıl borçlu konumundadır. Kendi adına ödeme yapmıştır. Durumuyla kendi adına yaptığı ödemede kimseye başvuramaz. Diğer yarıda ise, kefil ile birlikte üçüncü kişiye kefildir. Dolayısıyla yapılan kefillik ödemesinde eşitliği sağlamak için, bu yarının yarısını almak üzere ona başvurabilir.

Eğer ödemeyi yapan birinci kişi, kendisiyle birlikte bin dirhem borca ortak olan arkadaşına rastlar ve ondan diğer ikiyüz elli dirhemi alırsa bunun yarısını kefile

verir. Böylece, [kefillik ödemesinde eşitlik sağlandığı gibi] asıldan alınan parada da eşitlik sağlanmış olur. Sonra, bu kefille birlikte, diğer bir ikiyüz elli dirhem için birinci kefili kovuştururlar. Ondan aldıkları parayı aralarında yarı yarıya bölüşürler.

Bir kimsenin bir başkasında bin dirhem alacağı olsa ve bu alacağa iki kişi kefil olsalar ve onlardan birisi mükâteb veya tam köle, diğeri de özgür olsa, özgür olanın yalnız başına borcun yarısına kefilliği geçerlidir. Çünkü her ikisi de birlikte borçlunun borcuna kefil olduklarında, her biri borcun yarısına kefil olmuştur. Mükâteb veya köle bir kimsenin kefilliği, kölelik devam ettiği sürece geçersiz olduğu gibi, yalnız başına olduğunda da yine geçersizdir. Dolayısıyla, özgür olan kişinin kendi payındaki kefilliği kalır. Bu da borcun yarısıdır.

Birbirlerine karşı bir zorluk olmadığına göre, özgür olan kimsenin bütün mala kefil olması gerekir, denmemelidir. Çünkü, kefilliğin aslındaki ortaklık geçerlidir. Kölenin ve mükâteb bir kimsenin kefilliği, kendi kişileriyle ilgili olarak geçerlidir. Nitekim özgürlüklerine kavuştuktan sonra, kefilliklerinden sorumlu tutulurlar. Ancak onların kefilliği, efendileri açısından geçersizdir. Bu yüzden özgür olan kimse, borcun yarısından; köle veya mükateb olan kimse de, özgürlüğüne kavuştuktan sonra diğer yarısından sorumlu tutulur.

Eğer her birinin diğer arkadaşına kefil olması koşul konulur, köle de özgürlüğüne kavuştuktan sonra bütün borcu öderse, ödediği paranın yarısını almak için özgür olan kimseye başvurma vardır. Daha sonra, her ikisi birlikte asıl borçluyu kovuştururlar. Asıl borçlu, ikisinden birine herhangi bir ödeme yaparsa, alınan bu parada diğeri de ortak olur. Çünkü bir köle, özgürlüğüne kavuştuktan sonra, efendinin üzerindeki hakkı düşer. Onun kefilliğine engel olan, efendisinin maddi değerindeki hakkıdır. Bu hak düşünce, artık onun kefilliği iki özgür kimsenin üçüncü bir kişiye benzeri koşullardaki kefilliğine benzer.

Eğer üç kişi, birisinin bin dirhem nakit para ve on kür[18] buğday, yüz dinar da nakit borcuna kefil olurlar, bu borcu ödeme konusunda birbirlerine de olurlar, daha sonra da alacaklı kefillerden birisine rastlar, ondan beşyüz dirhem, sonra da diğeriyle karşılaşır ondan da beş kür buğday alır, sonradan da borçlu ve alacaklı ortada bulunmaz (gâib olur), ödemeyi yapan kefiller, üçüncü kefille karşılaşırsa, ondan ödediklerindeki payını isteyebilecekleri gibi, ödemeyi yapanlar da diğer arkadaşından kendi ödediğinden payına düşeni isteyebilirler. Beşyüz dirhem ödeyen kefil, diğerlerinden beşyüz dirhemin üçte ikisini ister. Çünkü her üçü, bin dirheme kefil olma konusunda eşittirler. Dolayısıyla, kefillik nedeniyle yaptıkları ödemede de, eşit olmaları gerekir. Bu da, ödediği paranın üçte ikisini diğer iki arkadaşından almak üzere başvurması ve her birinden 166,2/3 dirhem almasıyla gerçekleşir. Buğday ödemesi yapan kişi de, aynı gerekçeyle, ödediği buğdayın üçte **[20/45]**

[18] **Kür /** الكر: Hanefilere göre 2348,280 kg, diğerlerine göre ise 1563,840 kg buğday alan ölçek.

ikisini diğer kefillerden alma hakkına sahiptir. Ödenen para ve buğday birbirinin karşılığı sayılamaz. Çünkü ödeme yapılan malın cinsi farklıdır. İki borcun karşılıklı sayılması, borçların cinsleri ve nitelikleri bir olduğunda mümkündür. Farklı farklı olduğunda ise bu mümkün değildir.

Şayet ödemeyi yapan bu iki kişi, üçüncüyle karşılaşmayıp da birbirleriyle karşılaşırlarsa, her biri kefillik nedeniyle yapılan ödemede eşitliğin sağlanması için ödediğinin yarısını almak üzere, arkadaşına başvurabilir. Hep birden karşılaştıklarında, hüküm yine böyledir. Her biri, ödediğinin yarısını almak için arkadaşına başvurabilir. Böylece yapılan ödemede eşitlik sağlanabilir. Daha sonra, her ikisi ödenenin üçte birini almak için, ödeme yapmayan kefili ayrı ayrı kovuştururlar. Ödeme yapanlardan biri, yapmayan kişiyle karşılaştığında, yapılan ödemenin yarısını ondan alabilir. Böylece, kefillik nedeniyle yapılan ödemede eşitlik sağlanmış olur.

Eğer üçüncü kişi, daha sonra bu iki kişiden birisiyle karşılaşırsa, her birinin üçte birden fazla olarak yaptığı ödemenin yarısını almak için ona başvururlar.

Onlardan biri, fazla ödeme yapmışsa fazla ödeme yapan, az ödeme yapan kişiye yaptığı fazla ödemenin yarısını almak için ,daha önce açıklanan gerekçeyle, başvurur. Bu mesele, kefillik sorumluluğunda eşit oldukları, kefilliğe dayalı ödemede de eşit olmaları gerektiği için, böylece devam eder gider.

Bir kimse, birisi lehine bir başkasının mal borcuna kefil olur ve bu borcu öderse, daha sonra da kefil olduğu kişiyle karşılaşır, o da ondan kefil olmasını istediğini ya da alacaklı görünen filan kişiye borcunun olduğunu inkar ederse; kefil de belirtilen o kişinin diğerine bin dirhem borcunun olduğuna ve kendisinden bu borca kefil olmasını, istediğine ve onun adına bu borcu ödediğine delil getirse, hakim kefilin delilini kabul eder. Kefil olunan kişinin, bu malı ödemesi gereğine karar verir. Çünkü bu kişi, borçlu aleyhine belli bir nedene dayanarak mal alacağı iddiasında bulunmaktadır. Bu hakkına da, ancak kendisiyle ortada bulunmayan kişi arasında cereyan eden ödeme nedenini ispat etmekle ulaşabilir. Bu ödemenin nedeni, kefilin, alacaklıya yapmış olduğu ödemedir. Hazır bulunan kişi, duruşmada hazır bulunmayan kişinin yerini alır. Nitekim, bir kişinin elinde bulunan bir malın kendisine ait olduğunu, bu malı ortada olmayan birisinden satın aldığını iddia ederek bu iddiasını destekleyici delil getirse, hakim aynı yolla, bu malın iddia eden kişiye ait olduğuna karar verir. Öyle ki, ortada olmayan kişi, gelerek böyle bir mal sattığını inkar etse, dâvacıdan yeniden delil getirmesi istenmez. Burada da öyledir; lehine kefil olunan kişi gelir ve kefilden herhangi bir şey aldığını inkar ederse, kefil olan kişi yeniden delil getirmek zorunda bırakılamaz. Hakkının kendisine ulaştığına dair verilen karar, artık geçmişte kalmıştır. Çünkü nedenler, hükümler için gereklidir ve onun için istenir. Bir kişi aleyhine hüküm ispatı konusunda dâvacı, hükmün nedenini ispat konusunda da yine taraftır. Bir kefilin asıl borçluya

başvuruşu, ancak o kişinin kendisinden kefil olmasını istemesi ve kefillik akdinden sonra alacaklıya bu parayı ödemesi nedeniyledir. Kendisine kefil olunan kişinin, dâvanın kefil aleyhine ispatı için hasım (taraf) oluşu, alacaklıya parayı ödediğini ispat konusunda da taraf oluşu anlamına gelir. Mahkemede hakim huzurunda, hazır bulunan kişi aleyhine elde bulunan delille verilen hüküm, hem o kişi hem de ortada olmayan kişi aleyhine geçerli sayılır.

Züfer ile Yakub (Ebû Yusuf) (rh.a.)'un ihtilafı (görüş farklılıkları) ile ilgili kitapta nakledildiğine göre; bir kimse, hanımından uzak bir beldeye gittiğinde, birisi hanımına gelir; kocasının onu bâin talakla boşadığını, onunla yeniden evlenmek için kendisini vekil atadığı ve ödenecek mehre kefil olduğunu haber verse, kadın da denileni yapsa, daha sonra da koca geri dönüp gelse ve hanımını boşamadığını, bu kişiye de herhangi bir emir ve vekillik vermediğini söylese, geçerli söz, onun sözüdür. [20/46]

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre; bu durumda kadın, kefil olan kişiden herhangi bir şey alamaz. Çünkü boşama sabit olmayınca, hem ikinci akit, hem de onun üzerine sabit olan kefillik, geçersiz sayılır.

Bu durum, iki mirasçıdan birinin şu durumuna benzer. Mirasçılardan biri, nesebi belli olan bir kimsenin kendi kardeşi olduğunu ikrar etse de bu kişi yine mirasta ona ortak olamaz.

Züfer (rh.a.)'e göre ise kadın, mehir alacağı için kefile başvurabilir. Çünkü ikinci akdin geçerli olduğunu, o ikrar etmiştir. Bu mal ödemesinin gerekliliği, kefilliğe dayanır. Bu kişinin ikrarı da, kendisi aleyhine delildir.

Kefil, boşama, ikinci akit için kendisini vekil atama ve kefillik iddiasını ispat için koca aleyhine delil getirse, bu konuda sunduğu delil kabul edilir. Kadın mehri almak için kefile başvurabilir. Daha sonra kefil de, kocaya başvurur.

Kadın isterse, kocaya da başvurabilir. Çünkü, daha önce de gerekçesi açıklandığı gibi, kefil olan bir kişi, bu durumda kocaya ancak bu şeyleri ispat ettikten sonra başvurabilir. Dolayısıyla, bütün bu konularda açılan dâvada taraftır.

Allah daha iyi bilir ve daha âdil hüküm verir.

KENDİSİNE KEFİL OLUNANIN BORÇTAN KURTULMASI KOŞULUYLA KEFİLLİK

Borçlunun ibrası koşuluyla kefilliğin, havale olması

Bir kimsenin, birisinden alacağı olsa, asıl borçlunun borçtan kurtulması (ibrası) koşuluyla birisi de bu borca kefil olsa, bu kefillik geçerlidir. Kefil, borcu üstlenmek zorundadır. Artık alacaklı, kendisine kefil olunan kişiden bir şey isteyemez.

Çünkü kefil ile alacaklı, her ne kadar açıkça havale ifadesi kullanmamış olsalar bile, borcun havalesi (borcun bir kimseden diğer kimseye nakli) anlamına gelen ifadeler kullanmışlar ve aralarında havale akdi yapmışlardır.

Bir akitte kullanılan sözler, ifade edilmek istenen anlamlar için birer kalıptır. Asıl hedeflenen, belli bir sözü kullanmak değil, belli bir anlamı ifade etmektir. (Çünkü sözleşmelerde maksat ve anlamlara itibar edilir, kelimelere ve kalıplarına değil). Aralarında cereyan eden akit, havaleyi gerektiren ifadeleri kullandıkları için bu borcun havalesi sayılır. Nitekim birisine; "seni bin dirhem karşılığında şu malın sahibi yaptım," dese, yapılan akit, her ne kadar açıkça alım-satım ifadeleri kullanılmasa da, bir alım satımdır.

Kefillik ve havalenin her biri, zimmetin ödünç verilmesi ve güven verme amacıyla borç üstlenilmesi olma açısından, birbirlerine yakın sözleşmelerdir. Nitekim, havale akdi yapan bir kimse malı, havale eden ile edilenin hangisinden isterse ondan alabileceğini koşul koysa, bu akit, kefillik olur. Aynı şekilde, kefillik de, asıl borçlunun borçtan kurtulacağı koşulu konulursa bu akit de havale olur.

Kefillikte kullanılan "garanti ederim / kefilim", "banadır", "ben üstleniyorum"... gibi sözler, "kefil oluyorum" sözü yerinedir. Bu sözlerle, asıl borçlunun borçtan ibrası koşul konulsa, bu şekilde yapılan akitlerin hepsi; "Havale, havale yapan kişinin borçtan berâatini (aklanmasını, borcunun olmamasını) gerektirir" kuralı gereği havale akdi olur. Bu konu, daha önce açıklanmıştı.

Eğer alacağın konusu şey, havale edilen kişinin sorumluluğunda iken telef olursa, (havale edilen kişi borcu ödeme imkânını yitirirse) alacaklının hakkı yeniden havale eden kişiye döner.

Havalede tevâ sayılan şeyler

Tevânın (Malın yok olması, borcun alınmasının imkansızlaşması) bir çok nedeni vardır. Bunlardan birisi de, havale edilen kişinin havaleyi inkâr edip bu konuda yemin etmesi ve alacaklının elinde de ispata yönelik delilin bulunmayışıdır. Çünkü bu durumda alacaklı, hiçbir şekilde kendisine havale yapılan kişiden hakkını alma imkânına sahip değildir. Bu nedenle, sanki borcun havalesi, denize düşen inci, kaçan köle v.b. gibi, bir malın yitirilmesi nedenlerinin başında gelir. Havale edilen kişinin müflis bir şekilde ölmesi de, biz Hanefîlere göre tevâ (borcun alınmasının imkânsızlaşması) nedenlerindendir.

[20/47]

Şâfiî (rh.a.)'ye göre, böyle bir durumda borç, yeniden havale yapan kişinin zimmetine dönmez. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre; havale akdi, havale yapan kişiyi mutlak anlamda borçtan kurtarır. Hiçbir şekilde borç, yeniden havale eden kişiye dönmez. Nitekim borç ibrasında da hüküm yine böyledir.

Bu konunun hukukî açıdan yapılacak açıklaması (' ânu'l-vasf) şöyledir: Havale yapan kişiden havale yaptıktan sonra ne mal, ne de ona benzer bir şey istenebilir. Bu zimmetinin mutlak aklanmasının (berâatinin) gereğidir. Bunu iki açıdan incelemek mümkündür:

1 – Havale akdi, ivazlı (bedelli) bir akit değildir. Çünkü zimmetin zimmete, borcun borca bedel sayılması geçersizdir. Kendisine havale yapılan kişinin borcu, havale yapan kişinin (muhîlin) borcuna bedel olamayacağına göre, alacaklının borca ulaşamamasının nedeni, alacaklının, havale eden kişiye başvurma hakkına bağlı değildir. Aksine, havale akdiyle havale yapandan teslim almış, kendisine havale yapılana borç vermiş gibi olur. Çünkü malın, havale yapan kişinin üzerinden düşürülüp, kendisine havale yapılan kişiye yüklenmesi, ancak bu yolla birbirine bir bedel olabilir. Ya da kendisine havale yapılan kişinin zimmetindeki mal, sanki havale yapan kişinin zimmetindeki malın aynısıymış, hükmen bir yerden diğer yere geçmiş gibi kabul edilir. Bu, "havale" sözcüğünün bir hukuki sonucudur. Bir şeyin havale edildiği (nakledildiği) yerde yok oluşu, onun daha önceki yerine dönüşüne neden olamaz. Aksine havale edilen yerde yok oluşu, ilk yerdeki yok oluş gibidir. Durumuyla yok olma başkası adına değil; alacaklı adına meydana gelmiş bir kayıptır.

Lehine havale yapılan kişi, havale sırasında muhayyerdir: Dilerse, havale akdini kabul eder ve borcu havale yapılan kişinin zimmetinde sabit duruma gelir. Dilerse, havale akdini reddeder ve hakkı, havaleyi yapan kişinin (asıl borçlunun) zimmetinde kalır. İki şey arasında seçim yapma hakkına sahip olan bir kişi, bunlardan birisini seçerse, artık seçtiği şey kesinlik kazanır. O alacaklının hakkı, o şeyin bizzat kendisiyle ilgilidir. Bundan sonra hiçbir şekilde önceki yere geri dönmez. Nitekim aynı malda peş peşe iki gasp olayı meydana gelmiş, malı gasp edilen kişi de tazminat için malı gasp eden kişilerden birisini seçmişse, seçtiği bu kişinin ödediği tazminat da telef olmuşsa, diğerine bir şey almak için başvuramaz. Bir kölenin alacaklıları, kölenin çalışmasını seçerler fakat efendi, borçlu olan kölesini özgür ederse çalışma sonucu elde dilen mal yitirilmiştir. Bu durumda alacaklılar tazminat için efendiye başvuramazlar.

Bu konuda biz Hanefîlerin delili, Osman (r.a.)'ın mevkûf ve merfû olarak naklettiği, kendisine havale yapılan kişinin, iflas etmiş bir şekilde ölmesiyle ilgili hadistir. Bu hadiste, borcun yeniden havaleyi yapan kişinin zimmetine döneceği, Müslüman bir kişinin malının yitirilemeyeceği ifade edilir.

Bunun anlamı şudur: Havale akdi, bir hakkın başkasına nakli ile gerçekleşen bir aklamadır (ibradır). Alacaklı bu hakkını, kendisine geçen kişiden alamadığında, yeniden asıl borçluya döner. Nitekim bir kimse, borçla bir şey satın alsa veya borç karşılığı bir mal üzerine sulh anlaşması yapsa, onda da durum böyledir.

2 - Hukukî açıklaması, şöyledir: Alacaklının hakkı, havaleyi yapan kişinin zimmetinde durmaktadır. Alacaklının bu hakkının, havale yapılan kişinin zimmetine nakledilmesi mümkün olduğu gibi, satın alım akdiyle belli bir mala çevrilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda, eğer mal teslim alınmadan önce telef olursa, bu hak önceden olduğu gibi, yeniden para borcuna dönüşür. Burada

da hüküm öyledir. Ayrıca, bu nakil nedeni, kaldırabildiği gibi, burada da kaldırılması mümkün bir nedendir. Akdi yapan taraflar, eğer akdi bozmaya rıza gösterirlerse havale akdi bozulur.

Bu konuyu şu şekilde netleştirmek de mümkündür. Karşı görüşte olanların da söylediği gibi; kendisine havale yapılan kişinin zimmetindeki şey, havale yapan kişinin zimmetinde olan şeye bedel değildir. Zannedildiği gibi, ödünç verme yoluyla gerekli duruma gelen bir borç da değildir. Çünkü teslim alma, zimmet alımıyla değil, mal alımıyla olur. Havale ise zimmette mal üstlenilmesidir. Böyle bir üstlenmeyle alacaklı, hakkını teslim almış sayılamaz. Çünkü borç, havaleyi yapan kişinin zimmetinde sabit olduğu şekilde, kendisine havale yapılan kişinin zimmetinde sabit duruma gelir. Öyle ki, bu borç sarf (paranın parayla bozulması) veya selem (para peşin mal veresiye) akitlerinin bedel olsaydı, havaleyi yapanla değiştirmek mümkün olmadığı gibi, bu borcun havale edilen kişi ile de değiştirilmesi de mümkün olmazdı. Selem veya sarf bedeli havale yapılan kişiden teslim alınmadan, akdi yapanlar birbirinden ayrılırsa bu akitler geçersiz olur.

[20/48] Şayet havale ile teslim aldığı, sonra da borç verdiği kabul edilecek olursa, yukarıda anılan hükümler burada geçerli olmazdı. Bir malın aynının bir zimmetten diğerine geçiyor sayılması da, mümkün değildir. Çünkü bir şeyin, gerçeği düşünülebiliyorsa, (tasavvur edilebilirse) o zaman hükmen takdiri o zaman mümkün olur. Zimmette bir şey olmadığına göre, diğer zimmete bir şeyin geçmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla önümüzde, hakkın ispatı konusunda ancak ikinci zimmeti, ilk zimmetin yerine halef kabul etme yolu kalır.

Nitekim ikinci yer olan meşru yatağın (nikahın) havale yoluyla, birinci yatağın yerini alması da böyledir. İkinci yerde sabit olan şey, birinci yerde sabit olanın aynısıdır. Yol bu olunca; uygun olan şöyle denilmesidir: Alacaklı haleflik yoluyla yapılan bu değişikliğe, kendi hakkını güvence altına almak amacıyla rıza göstermiştir. Dolayısıyla hakkının ikinci zimmete bağlanmasına, malının kendisine salimen ulaşması koşuluyla rıza göstermiş sayılır. Alacağı kendisine ulaşmadığında, bu rıza ortadan kalkar. Dolayısıyla, mal yeniden ilk yere döner. Nitekim bir mal satın alındığında da, hüküm böyledir. Ancak, böyle bir durumda borçlunun elinde bulunan ve diğerinin yerini alan mal, teslimi istenilen maldır. Diğerinde ise, bu borçlunun elinde olmayan bir haktır. Dolayısıyla, ondan bir şey istenemez. Ancak bu durumda mal, alacaklının elinde de değildir. Dolayısıyla, o da hakkını teslim almış sayılamaz. Bu mal onun güvencesi ve sorumluluğu altına da girmemiştir. Böyle olunca da, malın telefinden o sorumlu tutulamaz. Bu incelik o akdi, birbirinden mal gasp eden gasbedenlerin ve efendiyle kölenin durumundan ayırır. Çünkü, böyle bir durumda, iki zimmetten birisi diğerinin yerini alamaz. Ancak, hak sahibi baştan belli bir seçim hakkına sahiptir. İki şey arasında seçim hakkına sahip olan bir kişi, bunlardan birini seçerse bu şey, artık o konuda kesinlik kazanır.

Bu esasa dayanarak, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.), havale borcunun hakimin iflasına karar verdiği bir kişiden, yeniden havaleyi yapan kişinin zimmetine döndüğü görüşündedirler. Çünkü alacaklının, bu değişikliğe (haleflik yoluyla borcun nakline) rızası, zarar ve hak yitirilmesine uğramama koşuluyladır. Eğer hakkı zarara uğramış, noksansız olarak kendisine teslim edilmemişse, hak, yeniden önceki yere (asıl borçluya) döner. İkinci yerin gerçek anlamda devam ediyor olması, artık dikkate alınmaz. Nitekim borçla satın alınan bir köle kaçtığında, alacaklı, yapılan akdin bozulmasını seçerse, hakkı olduğu gibi kendisine döner.

Bu konuya şu şekilde açıklık getirmek de mümkündür. Bir kişinin zimmeti, o kişinin iflas etmesiyle kusurlu duruma gelir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre, iflas hükmendir. Çünkü iflas etme veya kısıtlama altına alınma örf ve adete göre gerçekleşir. Bunun böyle oluşu açıktır. İnsanlar iflas etmiş bir zimmeti, kusurlu sayarlar. Böyle bir zimmette bulunan alacağı da telef olmuş kabul ederler. Nitekim bir akdin konusunun ortadan kalkması, akdin bozulmasını gerektirir. Bu şeyin kusurlu duruma gelmesi de yine bozma hakkı doğurur. Nitekim borçla satın alınan bir mal, teslim alınmadan önce kusurlu duruma geldiğinde de hüküm böyledir.

Bu konudaki delil Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisidir:

مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ.

"Kim varlıklı bir kimseye havale edilirse alacağı konusunda onu izlesin (havaleyi kabul etsin)."[19]

Hadiste, peşine düşme, izleme buyruğu, havale edilen kişinin zengin, varlıklı olma koşuluna bağlanmıştır. Bu koşul bulunmadan kişi, havale edildiği kimseyi izlemekle emrolunmamıştır.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise, bir kişi tamamen iflâs etmez. Çünkü dünya malı gelip-gidicidir. Kişi, bir gün fakir olabilir. Daha sonra da zenginleşebilir.

Ayrıca, malın telef yoluyla yeniden havale eden kişiye dönmesi, hakkın elde edilme imkânını ortadan kaldırmaz. Bilindiği gibi, hakkın havale edilen kişiden aynıyla alınma imkânı ortadan kalktığında, havale edilen kişi, herhangi bir şey almak için yeniden havale edene başvuramaz. Borç konusunda ise, gerçek anlamda mal yitirilmesi (tevâ) düşünülemez. Bu ancak borcun alınacağı yerin mal sorumluluğu üstlenmeye uygun olmaktan çıkmasıyla hükmen gerçekleşmiş sayılabilir. Bir zimmet, önceden olduğu gibi iflasından sonra da borç üstlenmeye uygundur. Dolayısıyla, gerçek anlamda hak yitirilmesi gerçekleşmediği gibi, bu yüzden meydana gelen kusur da gerçek kusur sayılamaz. **[20/49]**

[19] Buhârî, Havalat 1; Müslim, Müsâkât 33; İbn Mâce, Sadakât 8; Ebû Dâvûd, Buyû' 10; Tirmizî, Buyû' 68; Nesâî, Buyû' 100.

Bir kişinin iflas etmiş bir durumda ölmesi ise, bundan farklıdır. Çünkü o kişinin zimmeti, artık borç üstlenmeye uygun bir zimmet olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla, böyle bir durumda mal yitirilmesi, (tevâ) hükmen gerçekleşir.

Kendisine havale yapılan kişiye gelince; o, ölünce alacaklı; "geride bir şey bırakmadı," borçlu da; "yetecek kadar para bıraktı," derse; geçerli söz, bildiğine dair yemini ile birlikte alacaklının sözüdür. Çünkü asıl olana yani mal yokluğuna tutunan, odur. Ayrıca, havale akdiyle havale edilen kişinin mülkiyetine herhangi bir mal girmez.

Eğer havalede bulunan kişi, hayatta ve kendisinin iflas ettiğini iddia etseydi, geçerli söz, onun sözü olurdu. Onun ölümünden sonra da, durum böyledir; alacaklı, onun iflas etmiş olarak öldüğünü iddia ederse; geçerli söz, bildiğine dair yeminiyle birlikte onun sözüdür.

Bu hükme de şöyle açıklık getirmek mümkündür: Kendisine havale yapılan kişinin zimmeti, onun ölümüyle birlikte borç üstlenmeye uygun yer olmaktan çıkmıştır. Bununla tevâ (kendisine havale edilenin borcu ödeyememe durumu) gerçekleşir. Eğer, geride alacaklının hakkının bağlanacağı, onun zimmetinin yerini tutacak mal kalmışsa, borçlu da geriye kalan bu malın varlığını iddia ediyor, alacaklı da inkar ediyorsa, geçerli söz, alacaklının sözüdür.

Borçlunun borçtan ibrasının, kefilin de ibrası olması

Şayet ibra koşulu koymadan birisi mala kefil olur, kefillik akdinden sonra da alacaklı asıl borçluyu borcundan aklarsa (ibra ederse), her ikisi birlikte borç sorumluluğundan kurtulurlar. Çünkü asıl borçluyu borcundan ibra, borcun aslını düşürür. Bu da, zorunlu olarak kefilin kefillik sorumluluğundan kurtulmasını gerektirir. Nasıl ki kefillik, ancak asılın zimmetinde ödemekle yükümlü olduğu borca itibarla geçerli oluyorsa, borcun asılın zimmetinden ibra yoluyla düşmesinden sonra, kefilliğin geçerliliği de sona erer.

Asıl borçlunun aklanması (ibrası) koşuluyla yapılan kefilliğin hükmü, bundan farklıdır. Çünkü böyle bir kefillik, sonuçta havale akdidir. Bir sözcük, mecaz olarak başka bir anlam ifade eder duruma gelince, kendi ifade ettiği gerçek anlam düşer.

Aradaki farkın açıklaması şöyledir: Asıl borçlunun borçtan kurtulması (ibrası) koşuluyla yapılan kefillik, borcun düşürülmesi değildir. Çünkü asıl borç, anlatıldığı şekilde kefilin zimmetine geçmektedir. Kefillik akdinden sonra, asıl borçlunun aklanması, borcun aslını düşürmektir. Bir borcun istenme hakkı da, borcun bağlayıcılığına dayanır. Borcun düşmesinden sonra asıldan istemde bulunma hakkı kalmayınca, kefilden de istenemez.

Aradaki farka delil, yukarıda işaret edildiği şekilde şöyledir: Ticaretle uğraşan iyiyi, kötüyü ayırt edebilen (mümeyyiz) bir çocuğun birinde mal alacağı olur, bir başkası da, bu borca birincinin aklanması (ibrası) koşuluyla kefillik verir veya birisine borcu olur, o kişi de bir başkasına, arkadaşının isteğiyle lehine kefil olunan kişinin ibrası koşuluyla kefil olursa, bu kefillik, geçerlidir.

Eğer bu, asıl borçlu üzerindeki hakkın düşürülmesi olsaydı, ticaretle uğraşan mümeyyiz bir çocuk, kefillik akdinden sonra, başkasındaki alacağı konusunda aslı ibra gibi bir yetkiye sahip olamazdı. Şayet bu, kendisine havale olunan kişi tarafından daha baştan zimmette mal üstlenilmesi olsaydı, ticaretle uğraşan çocuk, kendi borcu konusunda böyle bir yetkiye sahip olamazdı. Bu konu, aradaki farkı açığa çıkarır.

Sarf akdi (parayı paraya satma) ile selem akdindeki semende (satılanın bedeli) de havale geçerlidir. Asıl borçlunun ibrası koşuluyla verilen kefillik de geçerlidir. Havale, selem akdini geçersiz yapamaz. Asıl borçlunun kefillik akdinden sonra borçtan ibrası ve bu ibrayı borçlunun kabul etmesi bundan farklıdır. Böyle bir ibra, kefilliği geçersiz duruma getirir.

Bir kimse, bir başkasına; "filan kimse senin lehine ikrar edeceği borca ben kefilim," der ve kefillik akdinden sonra bin dirhem borç ikrarı yapıldığına dair delil getirilirse; kefil olan kişi, bu bin dirhemi üstlenmek zorundadır. Çünkü ikrarın delille sabit olması, bizzat tanıklarla sabit olması gibidir.

Eğer tanıklar bu şekildeki bir ikrarın kefillik akdinden önce yapıldığına tanıklık ederlerse, kefil herhangi bir şey üstlenmek zorunda değildir. Çünkü o kişinin kullandığı bu söz, her ne kadar geçmişi ifade eder şekildeyse de, genelde kastedilen gelecektir. Dolayısıyla, ikrardan önce yapılan akit gereği, borçları üstlenmek zorunda değildir; kefillik akdinden sonra, ikrar ettiği borçları üstlenir. Onun bu sözü, "senin lehine ikrar edeceği borç" demek gibidir. Nitekim, "senin lehine sabit olana" sözü de, "sabit olacak" anlamınadır. Bu konu da, ona kıyas edilir. **[20/50]**

Allah daha iyi bilir.

YAPILAN ALIŞ-VERİŞE KEFİLLİK

Bir kimsenin satacağı malın karşılığına kefil olmak

Bir kimse, birisine; "filan kimseyle alış-veriş yap; ona sattığın şeye ben kefilim" derse, bu kefillik, dediği koşullarda geçerlidir.

Çünkü bu kişi kefilliği, asılın borçlanma nedenine dayandırmıştır. Daha önce de açıklandığı gibi, bu şekildeki bir kefillik geçerlidir. Kefil olunan şeyin, net olarak bilinememesi, kefilliğin geçerliliğine engel değildir. Çünkü kefillik akdi, kolaylık gösterilen ve hoşgörü çerçevesi geniş olan bir akittir. Onun kendisindeki bilinmezlik bile akdi geçersiz kılmaz. Ayrıca, akitlerin geçersizliğine neden olan belirsizlik (cehalet) niteliğinin kendisi değil, insanları anlaşmazlığa sürükleyen bilinememezliktir. Buradaki bilinememezlik ise, tartışmalara yol açmaz. Çünkü isteme hakkının kefile yönlendirilişi, alış-veriş yapıldıktan sonradır. Alış-veriş tamamlanınca da, alınan-satılan şey artık bellidir. Ortada bilinmeyen bir şey yoktur.

Kefillik için belirli bir zaman belirlenmesiyle, edilmemesi de farketmez. Ancak, belli bir zaman belirlenen kefillikte alış-verişin o zamanda yapılmış olması dikkate alınır. Nitekim; "bu gün alış-veriş yaparsanız," der; alış-veriş yarın gerçekleşirse; kefil, yapılan alış-veriş nedeniyle herhangi bir yükümlülük altında değildir. Çünkü bu zaman sınırlaması kefil açısından yararlıdır. Ancak, söylediği o günün içinde birkaç alım-satım yapılırsa, kefil bütün bu akitlerden sorumludur. Çünkü kullandığı "şey" kelimesi genel anlam ifade eder.

Eğer herhangi bir zaman belirlenmezse, o zaman kefillik ömür boyu yapılacak alış-veriş içindir. Zaman zaman aralarında alım-satım yaptıklarında kefil, bütün bu alım-satımlardan sorumludur. Sözünde genel anlamı gerektiren ifadeler kullandığı için, kendisini kefillik sorumluluğundan çıkaramaz.

Alış-verişin, nakit parayla veya başka bir eşya ile mesela takasla olması arasında fark yoktur. Çünkü kullanılan "ona sattığın bir şey" ifadesi, bütün bu alış-verişleri içine alır.

Eğer alacaklı; "ona bin dirheme bir mal sattım, o da malı benden teslim aldı," der; borçlu bunu ikrar eder, kefil de inkâr ederse, kıyasa göre; kefillik akdinden sonra alış-veriş yapıldığına dair delil getirilmediği sürece kefilden bir şey istenemez.

Esed b. Amr (el-Becelî)'nin Ebû Hanîfe (rh.a.)'den naklettiğine göre; Ebû Hanîfe (rh.a.), kıyası esas almıştır. Kefilin üstlendiği borç sorumluluğu, kefillikten sonra yapılan alış-verişe dayanır. Bu da borçlunun ikrarıyla kefil için ortaya çıkmaz. Çünkü onun ikrarı, her ne kadar kendi aleyhine delil ise de, kefil aleyhine delil değildir.

Eğer her ikisi de -yani borçlu da kefil de- borcu inkâr ederlerse, bu borçtan sorumlu tutulmazlar. Borcu yalnız borçlu ikrar ederse, bu durumda borçla kefil değil, o yükümlü olur. Çünkü hüküm, delile göredir ve delil oranında borç sabittir. Eğer borcun varlığına delil getirilirse, o zaman borç her ikisi hakkında da sabit olur. Çünkü delil, her ikisi aleyhine de kanıttır.

Ancak Ebû Hanîfe (rh.a.), bu konuda istihsanı almış ve şöyle demiştir: Kefil olan kişi, bu borca kefildir. Çünkü borçlu ile alacaklı yeni bir akit yapma hakkına sahip oldukları bir durumda, alış-verişin yapıldığını karşılıklı olarak doğrulamışlardır. Onlar, bu alış-verişi, o anda yeni baştan yapacak olsalardı; bu akit, kefili de bağlayacaktı. Bir kimse, yeni baştan yapma yetkisine sahip olduğu bir şeyi ikrar ediyorsa, töhmet olasılığı olmadığı için onun bu ikrarı, başkası açısından da geçerlidir.

[20/51] Bu konu, vekil atanan bir kimsenin görevden uzaklaştırılmadan (azilden) önce alım-satım ikrarına veya hanımını boşayan bir kimsenin, iddet dolmadan önce evlilik akdine geri döndüğünü (rücu ettiğini) ikrar edişine benzer.

Konuya şu şekilde açıklık getirmek de mümkündür: Eğer alacaklı ile borçlu, ikrar ettikleri alış-veriş konusunda doğru söylüyorlarsa, kefil açısından kefilliği üstlenmeyi gerektiren neden, gerçekleşmiştir. Eğer yalan söylüyorlarsa, birbirlerini doğrulamaları, yeni bir alım-satım akdi gibidir. Dolayısıyla onların ikrarları da, kefili bağlayıcıdır. Görmez misin, kefil "eğer üstleneceğin borcuna ben kefilim" deseydi, kefil olunan kişinin bu şekilde yaptığı ikrar onu bağlardı.

Buna göre; eğer bir kimse, diğer birine; "ona bin dirheme kadar mal satabilirsin. Bin dirhem tutarına kadar satacağın malın bedeline ben kefilim," der; o da, önce beşyüz dirheme bir mal, daha sonra yine beşyüz dirheme de buğday satarsa; kefil, her iki malın bedelini de üstlenmek zorundadır. Bundan sonra, yeni bir mal satarsa, kefil bu satımın bedelini üstlenmez. Çünkü o, kefilliği bin dirhemle sınırlandırmıştır. Bu miktardan fazla olan alım-satım, onu bağlayamaz.

Eğer satıcıya; "ona bir şey sattığın zaman ben parasına kefilim," der; o da, söylediği kişiye bin dirheme bir şey satar, ardından da ona yine bin dirheme bir köle satarsa, bu durumda kefil, ilk satışın bedelini üstlenmek zorundadır; ikinciyi ise üstlenmez. Çünkü Arapça ifadesinde kullandığı "izâ" = "اذا " (zaman) kelimesi, umum ifade etmediği gibi tekrar da ifade etmez; bir defa yapılacak alım-satım akdini içine alır. Bu akit, gerçekleşince kefillik o akitle birlikte son bulur.

Kefilliğin genellenmesi

"Ona sattığın her malın bedeline ben kefilim," demesi bundan farklıdır. Çünkü burada kullandığı Arapça "küllemâ" = كلّما (her) kelimesi, tekrar ifade eder. Dolayısıyla, bu sözcüğü kullanmakla tekrar tekrar yapacağı bütün alış-verişlerin bedelini üstlenmek zorundadır.

Şayet, "onu sat" deyip de bu sözüne herhangi bir şey eklemese, o da sözü edilen kişiye satsa, emri veren kişi, herhangi bir sorumluluk üstlenmez. Çünkü bu sözle satıcıya işarette bulunmuş, yön vermiştir. Kefil olmamıştır. Ona; "ödünç ver" dediğinde de hüküm yine böyledir.

Eğer; "ne zaman ona mal satarsan, malın bedeline ben kefilim" veya "ona herhangi bir şey satarsan ona kefilim..." ifadelerini kullanır, satıcı da bir malı her biri beşyüz dirheme olmak üzere iki ayrı akitle ona satarsa, -yukarıda açıklanan nedenle- kefil, bu iki akitten yalnız birinciye kefil olmuştur. Çünkü kullandığı sözcük, tekrar ifade eden bir kelime değildir. Çünkü (إن) edatı koşul, (متى) kelimesi de, (اذا) gibi zaman ifade eder.

Eğer "Zûtî[20] kumaş satarsan bedeline kefilim" der, o da sözünü ettiği kimseye yahûdîlerin ürettiği bir cins kumaş ya da buğday satarsa; kefil olan kişi, bu satış akdinin bedelini üstlenmek zorunda değildir. Çünkü kefillik akdini özellikle "Zût"

[20] Zût ve Herat şehirleri, tarihte kumaş dokumacılığıyla meşhur olan şehirlerdendir. Zût şehrinde dokunan ve belli özellikleri olan kumaş Zûtî, Herat'da dokunan kumaşlar da Herevî Kumaş olarak meşhur olmuş, kitaplarda böyle anılagelmiştir.

denilen belde de üretilen kumaşla sınırlandırmıştır. Kullandığı ifade, başka bir şeyi içine almamaktadır.

"Ona verdiğin borca kefilim" der; o da sözünü ettiği kişiye mal satarsa veya "sattığın malın bedeline kefilim" der; konuştuğu kişi ise bu kişiye borç verirse, kefile bir şey gerekmez. Çünkü kefillik akdini belli bir nedenle sınırlandırmıştır; bu söz, başka çeşit nedenlere dayanan akitleri içerisine almaz. Alım-satım akdi, borç vermeden farklıdır. Görmez misin; bir küçüğün babası veya vasîsi küçüğün malında borç veremez. Ama yaptıkları alış-veriş geçerlidir.

Konuştuğu kişiye; "sana bugün herhangi bir şey borçlanırsa, ben borcuna kefilim" derse; hem ödünç parayı hem de satış bedelini üstlenmek zorundadır. Çünkü müdâyene (borçlanma) kelimesi, bütün borçlanma çeşitlerini içine alır. Müdâyene (borçlanma) sözcüğü; borçlanmayı gerektiren herhangi bir nedendir. Görmez misin; bir akdin yazılmasını veya tanıklandırılmasını emreden kişi, bunda "müdâyene" kelimesini kullandırır.

Satış bedeline kefil olan kişinin satıştan önce kefillikten dönmesi

Eğer kefil, alış-veriş yapılmadan önce bu kefillikten vazgeçer ve sözünü ettiği bu kişiyle alış-veriş yapılmamasını ister de, konuştuğu kişi bu yasaklamaya rağmen alış-veriş yaparsa kefil, ona karşı herhangi bir şey üstlenmez. Çünkü kefillik akdi, alış-veriş gerçekleştikten ve satış bedelini isteme hakkı kefile yöneltildikten sonra bağlayıcıdır. Bundan önce, kefil olan kişiden herhangi bir şey istenemeyeceği gibi, henüz zimmetinde herhangi bir borç da üstlenmemiştir. Dolayısıyla, kefillikten vazgeçebilir.

Bu konuya, şu şekilde açıklık getirmek mümkündür: Alış-veriş gerçekleştirdikten sonra, alacaklının zarar görmesini önlemek için kefil, satış bedeli
[20/52] olan borçtan sorumlu tutulur. Çünkü alacaklı; "ben onunla bu adamın kefilliğine güvenerek sattım" diyecektir. Kefil, onunla alış-verişi yapmamasını duyurduğunda ise aldanma olasılığı önlenmiştir.

Asıl aleyhine getirilen delilin kefili de bağlaması

Şayet bu gün bir şey satarsan ona kefilim der; hem kefil, hem de kefillik verilen kişi, alış-verişi inkâr eder, alacaklı da ikisinden birisi aleyhine, lehine kefillik verilen kişiye o gün bin dirheme bir şey sattığını delille ispat ederse, her ikisi de bu borçtan sorumludurlar. Hangisi hazır bulunuyorsa mal ondan istenir. Çünkü delille sabit olan şey, gözle görerek sabit olan şey gibidir. Her ikisinden istenen mal, aynı maldır. Dolayısıyla içlerinden hazır bulunan, dâvada taraf kabul edilir. İkisinden birisinin hazır bulunuşu, her ikisinin de hazır bulunuşu gibi kabul edilir. Diğeri de gelip hazır olduğunda, eğer hakim, aynı hakim ise dâvacı iddiasını yeniden tekrarlamak zorunda değildir. Çünkü hakim, hazır olan kişinin mal üstlenme sorumluluğunun nedenini bilmektedir. Bu konuda birincinin taraf olduğu dâvaya o bakmış, dâva sonucunda o karar vermiştir. Onun bu bilgisi, borçlunun yeniden delil getirmesine ihtiyaç duyurmaz.

Lehine kefil olunan kişilerin bilinmemesi

Bir kimse; "bu gün filan kişiye kim bir satış yaparsa, satış bedeline ben kefilim" der, sözünü ettiği kişiye de birden fazla kişi mal satarsa, kefil herhangi birine karşı sorumlu tutulmaz. Çünkü bu durumda lehine kefil olunan kişi belli değildir. Lehine kefil olunan kişinin bilinemeyişi, lehine ikrarda bulunulan kişinin bilinmemesi durumunda, ikrarı geçersiz kıldığı gibi, kefilliği de geçersiz kılar.

İkrarda bulunan kişi; "benim insanlardan birine borcum var," derse, onun bu ikrarı da yine geçersizdir.

Eğer belli bir gruba; "ona hem sizin sattığınız ve hem de başkalarının sattığı malın bedeline kefilim," derse; bu grubun sattığı mal bedeline kefildir. Diğerlerinin satmış olduğu malın bedelini ise üstlenmek zorunda değildir. Çünkü bu grup açısından bakıldığında lehlerine kefil olunan, belirli kişilerdir. Dolayısıyla onlara kefillik geçerlidir. Diğerleri açısından bakıldığında ise, lehine kefil olunan kişi bilinmemektedir. Böyle olunca da onlar için kefillik geçersizdir. Ancak belirsiz kimselerin, bilinen belli bir kimselere eklenmiş olması, bilinen kimse hakkındaki kefilliğin geçerliliğini engellemez. Çünkü kefillik yoluyla biri adına mal üstlenmek, bir diğeri adına mal üstlenmeden ayrı bir akittir. Bir kimse, kölesine ticaret yapmak üzere izin verse ve ardından birisine; "köleme ne satarsan sonsuza kadar ben buna kefilim" derse, onun bu sözü ile "sonsuza" kadar ifadesini kullanmadan söylediği söz arasında bir fark yoktur. O, bu kişinin köleye sattığı her mala kefildir. Çünkü bir efendi, kefillik yoluyla özgür birisinin borcunu üstlendiğinde bu geçerli ise, kölesinin borçlarını üstlendiğinde de geçerlidir. Bu konu daha önce de açıklanmıştı.

"Ona sattığın her mala" veya "ona sattığın şeye..." ifadelerinin hükmü de böyledir. "Sattığında" veya "satarsan" ifadeleri ise, bundan farklıdır. İleriye dönük bu ifadelerde, özellikle ilk satış kastedilir. Bu iki ifade arasındaki fark, özgür kimse ile ilgili olarak açıklanmıştı. Köleye kefillik hakkındaki hüküm de onun gibidir.

Eğer "filana sattığın şeye ben kefilim,"der, sözünü ettiği kişi de, önceden para teslim ederek satıcıdan selem akdi yoluyla buğday alırsa veya satıcı, trampa yoluyla bu kişiye zeytin yağı karşılığı buğday satarsa; kefil, bütün bu alım-satımlardan sorumludur. Çünkü ona satmıştır. Selem akdi, alım-satım akdinin bir çeşididir.

Bunun içindir ki; Ebû Hanîfe (rh.a.), kumaş satmaya vekil atanan bir kişinin, selem akdi yapıp bu kumaşı gıda maddesi karşılığında vermesini ve bu şekilde yaptığı akdi, vekillik veren açısından geçerli saymıştır. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise; böyle bir akit, geçersizdir. Çünkü selem akdi özel bir akittir. Alım-satım akdinden farklıdır. Genel bir ifadeyle alım-satım akdi için vekil atanmışsa, bu vekillik konusunun, malı alıp parayı verme şeklinde yapılacak bir alım-satım olduğu yani selem akdini de içerisine aldığı kabul edilir.

Allah doğrusunu daha iyi bilir.

BORCUN NAKLİ (HAVALE)

Havale edilenin iflâsı durumunda, havale edenin sorumluluğu

Kâdî Şürayh (rh.a.)'in havale akdinde, havale edilen kişinin iflasıyla ilgili olarak; "Müslüman bir kimsenin malı yitirilmez," dediği nakledilir. Bu sözüyle o, alacaklının malının havaleyi yapan kişiye döneceğini kasteder.

Kâdî Şürayh'in bu sözü, Ebû Yusuf ile Muhammed (rh.a.)'in delilidir. Onlara göre, yalnız iflas, havale akdini sona erdirir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre; birisinin başkasında bin dirhem alacağı olsa, borçlu kimse de alacaklısının, bu alacağını, kendisinden almak üzere üçüncü bir kişiye havale etse (nakletse), havaleyi yapan ilk borçlu, bu borcun sorumluluğundan kurtulur.

Âlimlerin (rh.a.) bu konudaki görüş farklılıkları ve kefillikle havale arasındaki farkın delili daha önce açıklanmıştı.

[20/53]

El Asl'da bu konuya ait farklara işaret edilmiş ve şöyle denilmiştir: "Sen filan oğlu filanın alacağıyla ilgili havale akdini yazıya geçireceğinde; bu kişinin filan kimseden bin dirhem alacağının olduğunu, o kişinin de bu borcu filan kimseye havale ettiğini, yazamazsın. Böyle bir ifade, ne yazıya geçince, ne de konuşurken hoş bir ifadedir. Borç, nasıl havale eden kişi üzerinde olabilir? Çünkü o kişi, bu borcu artık başkasına havale etmiştir. Kefillikle ilgili bir konuda ise; "filan kimsenin, filan kimseden bin dirhem alacağı vardır. Filan kimse de, onun bu borcuna kefil olmuştur," ifadesi, kefillik akdinde doğru ve yerinde bir ifadedir.

Havale edilen malın yitirilmesiye ilgili görüşler, daha önce açıklanmıştı.

Havalenin câiz olduğu borçlar

Yabancılar ve akrabaların ticaret, mehir, cinayet ve benzeri bütün borçlanma konularında borçlarını havaleleri (nakilleri) geçerlidir. Çünkü havale akdi (borcun nakli); bir hakkın, birinci zimmetten ikinci bir zimmete nakledilmesidir. Bu da,

Havalenin tanımı

havalenin gerçekleşebilmesi için bu hakkın birinci zimmette hukuken var ve sabit bir hak olmasını gerektirir. Nitekim kendisine havale yapılan kişi, bu borcu başkasına havale ettiğinde, onun yaptığı havale de geçerlidir. Çünkü mal borcu, havale yoluyla kendisine geçince; bu borç, sanki kendi asıl borcu gibi olmuştur. Birinci zimmetten onun zimmetine yapılan havale nasıl geçerli ise, onun zimmetinden bir başka zimmete havale yoluyla geçmesi de geçerlidir.

Kendisine havale yapılan kişi, ödemeyi yapmadan önce asıl borçludan para isteyemez. Ancak kefillikle ilgili konuda da açıklandığı gibi, kendisine nasıl bir işlem yürütülmüş, alacağı tahsil için kendisi nasıl kovuşturulmuş ve gerektiğinde nasıl hapsedilmişse; o da asıl borçluya karşı aynı işlemleri yürütme hakkına sahiptir.

Havale ve kefillik arasındaki fark

Ancak bu konuda, açıklaması zor bir hukukî durum vardır. Kefillik akdinde, alacaklının asıl borçlu üzerindeki alacağını isteme hakkı, devamlılığını koruyan bir haktır. Kefil ise onun adına ödeme yapmadığı sürece asıldan bir şey isteyemez. Havale yapıldıktan (borç nakledildikten) sonra ise, artık borç asıldan istenemez.

Dolayısıyla, havale edilen kişinin alacağını isteme hakkı, ona yönelmelidir. Onun bu durumu, mal alımı için vekil atanan bir kişinin durumuna benzer. Vekil tarafından ödeme yapılmadan önce, satılan malın bedeli vekil edenden istenebilir.

Ancak, biz bu konuda şu görüşteyiz: Alacaklının alacağını, havaleyi yapan kişiden isteme hakkının düşüşü, devamlı değildir. Aksine havale edilen kişinin iflas zamanına kadar gecikir. Bu açıdan bakıldığında; meydana gelen gecikme, vâdelendirme sayılır. Ya da istenen alacak, eşya cinsinden bir şey ise bunu isteme hakkı ona karşı yöneltilir. Bu durumda isteme hakkı, vâdesiz bir isteme hakkı gibidir. Bu açıdan bakıldığında kefillik anlamı taşır. Vekilin durumu ise bundan farklıdır. Vekillik akdinde satıcı, vekile sattığı malın bedelini, vekil atayan kişiden ne peşin, ne de gelecekte isteyebilir. Onun sattığı malın bedelini isteme hakkı, vekile yöneliktir ve onunla sınırlıdır. Ancak vekil, ödediğini kendisini vekil atayan kişiden

Kendisine havale yapılan kişi, borcu ödemeden havale yapan ona verirse o paradaki kullanımı

Havale yapan kişi, kendisine havale yaptığı kişiye henüz ödeme yapmadan önce bu parayı verir, o da bu parayı çalıştırarak ondan kâr elde ederse; elde ettiği kâr, kendisinin olur. Çünkü havale akdinin yapılmasıyla birlikte kendisine havale yapılan kişi, havale yapan kişiden alacaklı duruma geçmiştir. Ancak bu alacak, ödeme anına kadar vâdeli bir alacaktır. Bir kimse vâdeli olan bir borcu önceden alır ve onunla ticaret yapar ve ondan kâr elde ederse, elde ettiği bu kâr, kendisinindir. Çünkü bu kârı, meşru bir mülkiyete dayanarak elde etmiştir.

Bir kimsenin, birisinde bin dirhem alacağı olsa ve borçlu, bu borcunu üçüncü birine havale etse; havale edilen kişi de borcu alacaklıya ödese ve ödediğini asıl borçludan istediğinde asıl borçlu; "benim de sende alacağım vardı," dese, havale edilen kişi ise; "senin bende hiçbir alacağın yoktu" diye karşılık verse; böyle bir durumda, asıl borçlunun havale ettiği kişiye bu malı ödemek zorunda olduğuna hükmedilir. Çünkü onun, asıl borçludaki mal alacağının nedeni açıktır; onun isteğiyle havale akdini kabul etmiş ve ödemeyi yapmıştır. Havale yapan kişi ise, havalede bulunduğu kişide alacağının olduğunu ve onun ödeyeceği paranın bu alacağa karşılık sayılmasını iddia etmektedir. Onun bu iddiasının dayandığı neden, açık ve belli değildir, ispata muhtaçtır. Kendisine havale yapılan kişi, iddia edilen bu borcu inkâr etmektedir. Geçerli söz de, onun sözüdür. Onun havaleyi kabul etmesi, onun havale yapan kişiye borcunun olduğunu ikrar etmesi anlamına gelmez. Bir havale akdi, havale yapılan kişinin havale yapan kişiye olan borcuyla kayıtlı olabileceği gibi, herhangi bir kayda bağlı olmadan da yapılabilir. Hatta asıl havale (borcun nakli); -mutlak anlamda- herhangi bir kayda bağlı olmayan havaledir. Belli bir borca bağlı olan havale; -bir açıdan- ödeme yapmak ve teslim almak için vekil tayin etmeye benzer.

[20/54]

Buradan da öğreniyoruz ki; havale akdi, havale yapılan kişinin havale yapan kişiye borcunun olduğunu ikrara işaret etmez. Bu konuda geçerli söz, havale edilen kişinin inkara yönelik sözüdür.

Bir kimsenin, iki kişide bin dirhem alacağı olsa ve bu iki kişi de, birbirlerine kefil olsalar; daha sonra içlerinden biri, bu bin dirhemi kendinin borçtan aklanması (ibrası) koşuluyla birisine havale etse, alacaklı bu borcu kendisine havale yapılan kişiden alabilir. Çünkü o, havaleyi kabul etmekle bu borcu üstlenmiştir. Havaleyi yapan kişi, paranın ilk yarısında asıl borçlu, ikinci yarısında da kefil konumundadır. Hem aslın yaptığı, hem de kefilin yaptığı havale ise geçerlidir.

Alacaklı dilerse, havalede bulunmayan diğer kişiden beşyüz dirhemi alabilir. Çünkü havale yapan kişi, bu beşyüz dirhemde kefildir. Ödeme yapmadan havalede bulunmakla, bu borcun sorumluluğundan kurtulmuştur. Daha önce de açıklandığı gibi, kefilin borçtan kurtulması, asılın borçtan kurtulmasını gerektirmez.

Eğer bu borcu kendisine havale yapılan kişi öderse, kendisine havale yapan kişiden alır, diğerinden değil. Çünkü kendisinden havaleyi kabul etmesini isteyen odur; bu yüzden de ondan isteyebilir. Havale yapan kişi, ona bu parayı öderse, ödediği paranın yarısını arkadaşından alır. Çünkü bu para konusunda, ona kefil olmuştur. Havale edilen kişinin onun emriyle ödeme yapması, onun bizzat kendisinin ödeme yapması gibidir. Bu parayı kendisine havale yapılan kişiye ödemesi, arkadaşı adına alacaklıya ödemesi gibidir. Eğer bu parayı alacaklıya ödeseydi, kendisi yine arkadaşına başvuracaktı. Buradaki hüküm de öyledir.

Bir borcun iki kişiye havale edilmesi

Bir kimsenin, bir başkasında bin dirhem alacağı olur, borçlu da bu borç için onu iki kişiye havale ederse; alacaklı, bu iki kişinin her birinden borcun yarısını isteyerek alma hakkına sahiptir. Çünkü bu iki kişi, havale akdiyle bütün borcu kendilerine eşit koşullarda dayandırmışlardır. Dolayısıyla, ödeme konusunda da sorumluluğu eşit olarak paylaşırlar.

Kefillik konusunda da, bunun bir benzeri açıklanmıştı. Borçluya kefil olan iki kişinin birbirlerine de kefil olması koşul konulmuşsa, alacaklı alacağı olan bin dirhemi onların hangisini seçerse ondan alabilir. Çünkü kefillerden her biri, burada borcun bütününü ortak ve zincirleme borçlu olarak üstlenmiştir. Bu paranın yarısını asıl adına, diğer yarısını da kendisiyle birlikte kefilliğe ortak olan kişi adına üstlenmiştir.

Bu parayı ödeyince, asıl üstlenmede (borcu kabullenmede) eşit oldukları gibi, havale nedeniyle sabit olan ödemede de eşitliğin sağlanması için, arkadaşına başvurarak paranın yarısını ondan alır.

Borçlunun alacaklısını, kendi alacaklısına havale etmesi

Bir kimsenin, mükâteb bir kölede alacağı olur, mükâteb köle de, bu borcunu, kendisinin alacaklı olduğu birisine havale ederse, bu havale geçerlidir. Çünkü bu durumda mükâteb köle, alacaklısına; kendisine borçlu olan kişiden bu malı, önce onun adına teslim almasını, daha sonra da kendisi için almasını emretmiştir.

Kendisine borçlu olduğu kişiye de bu borcu kendi alacaklısına vermesini istemiştir. Mükateb bir kölenin, böyle bir yetkisi vardır.

Bu konuda ise böyle bir zorlamaya ihtiyaç yoktur. Mükâteb bir köle, alacaklısını herhangi bir sınırlama yapmadan birisine havale edecek olursa, bu havale geçerlidir. Bir sınırlama koyarak yapacağı havale de doğal olarak geçerlidir.

Belki böyle bir açıklama ve zorlamaya ikinci bir konuda ihtiyaç duyulur. Bu da, mükâteb kölenin, kendisine havale edilen kişi olması durumunda gerçekleşir. Çünkü mükâteb bir kölenin, mutlak havaleyi kabulü, kefillik akdi gibi geçersizdir. Ancak, kendi ödemesi gereken borçla sınırlı olduğunda bu havale geçerli olur. Çünkü mükâteb bir kölenin bu borcunu, kendisine havale eden kişiye veya havale edilene vermesi arasında bir fark yoktur.

İki alacaklının bir kişiye havale edilmesi

Ticaretle uğraşan bir kölenin ve ticaretle uğraşan iyiyi kötüyü ayırt edebilen (mümeyyiz) bir çocuğun bu konudaki durumu, mükâteb kölenin durumu gibidir.

Şayet borç, iki kişinin borcuysa ve bu iki kişi, birbirlerinin zincirleme kefiliyseler ve her ikisi de alacaklıyı, bir tek kişiye havale ederlerse; yaptıkları havale, -borçlu durumda olan bir kişinin havalesi gibi- geçerlidir.

[20/55]

Vasî de yetimin alacağı konusunda, asıl borçludan daha varlıklı bir kimseye havale edildiğinde, hüküm yine böyledir; yapılan bu havale geçerlidir. Çünkü bu havale, yetimin malını daha iyi koşullarda ödemek için bir yaklaşımdır. Borç, borçlunun zimmetinin mal varlığıyla dolu ve uğraşmasıyla hayat bulur. Varlıklı olan bir kimseye yapılan havaleyi kabul etmek, kişinin hakkına ulaşmasına daha çok neden olur. Alacağına ulaşmasını kolaylaştırır.

Vasî ile borçlu, böyle bir durumda çocuğun hakkını gözeterek hareket ediyorlar demektir.

Allah daha iyi bilir.

KENDİ ADINA ÖDEME YAPMASI İÇİN BİRİSİNE TÂLİMAT VERMEK

Bir kimse, bir başkasına kendi adına filan kimseye bin dirhem ödemesini istese/emretse ve bu kişi de ödemeyi yapsa, daha sonra ödediği parayı almak için kendinden isteyen kişiye başvurur. (Kendinden isteyen kişiden alır.)

Çünkü bu işlem, emri verenin, emir verdiği kişiden ödünç para alımı sayılır. Onun adına nakden ödeme yapması, ancak ödenen paranın önceden emri veren kişinin mülkiyetine girmesiyle mümkün olabilir. Mülkiyetine girmesi de, ancak bu parayı ondan borç almasıyla mümkündür. Bu durumda, sanki ondan bin dirhem borç istemiş ve borçlu olduğu kişiyi, önce parayı kendi adına teslim alması için vekil

etmiş, daha sonra da o kişi, bu parayı kendisine almış gibidir. Ayrıca bu kişi, zimmetindeki bir malın mülkiyetini diğerine vererek kendi adına ödeme yapmasını emretmiştir. Burada kendisinden ödeme yapması istenilen kişinin durumu, elinde bulunan ve başka birisine ait olan bir malı, onun adına satın alarak parasını da kendi malından ödemesi emredilen kişinin durumuna benzer. Burada, kendisine emir verilen kişinin, verdiği parayı almak için emri veren kişiye başvurma hakkı vardır. Buradaki hüküm de onun gibidir.

Borç ödemeyi emretmenin borçluluk ikrarı olması

Eğer "filana borcum olan bin dirhemi ona öde!" veya "benim adıma şu ödemeyi yap!", "bendeki alacağını öde!", "benim ona olan borcumu öde!", "benim adıma şu ödemeyi yap", "benim yerime ona bin dirhem ver" ya da "onun bendeki alacağını ona tam olarak öde!" derse; bütün bu sözler, aynı şeyi ifade eder ve bu hepsi emri veren kişinin, filan kimseye borcunun olduğunu ikrar anlamına gelir.

Burada kullanılan, "benim adıma..." veya "benim adıma ona öde!" ifadelerine gelince; bunlar ödenecek paranın borç olduğunu ifade eder ki; bir borç ödemesi de, ancak o borçla yükümlü olunduktan sonra gerçekleşir.

"Benim borcumu," veya "benim adıma borcun tamamını öde!" ifadelerinde de, bir borcun tam olarak karşılığının verilmesi vardır. Bu işler de ancak borçlanmadan sonra olabilir.

Eğer "benim adıma bin dirhem öde! Ben bu parayı üstleniyorum," veya "ben bu paraya kefilim," derse, veya; "bu para, senin benim üzerimdeki" ya da "bendeki alacağındır", "benim tarafımdan..." sözleri kullanılmışsa, bütün bu sözler, aynı anlama gelir. Eğer kendisine emir verilen kişi, bu parayı sözü edilen kişiye öderse; ödediği parayı almak için emri veren kişiye başvurur. Çünkü ödenen paranın sorumluluğunu üstlendiğini açık bir şekilde ifade etmiş veya bu anlama gelen söz söylemiştir. Bu ödemeyi, paranın tamamını birden ödemesi ile her defasına yüzer dirhem olarak parçalar durumunda ödemesi, ya da bu para karşılığı ona câriye satması ve benzeri ödeme yolları kullanması arasında fark yoktur. Çünkü satım akdiyle, satıcı sattığı malın bedelini alıcıdan alacaklı duruma geçer. Ödeme yapılmasını emreden kişinin emrettiği gibi, alıcının borcu olan dirhemleri teslim almaz. Bu konu da ona benzer. Böyle bir ödemeyle, o kişiye parayı dirhem gibi bir para cinsinden ödemesi aynıdır.

Görmez misin bir kimse, diğerinden ayrılmadan önce ondaki alacağını tahsil edeceğine yemin eder ve parasını bu yolla (aynı mecliste parça parça) teslim alırsa, hakkını teslim almış sayılır.

Bir kimse, birisine; "filan kimseye bin dirhem ver!" der ve "benim adıma" demezse veya; "filan kimseye bin dirhem öde!" der, "sana borcum olmak üzere..." demezse, emredilen kişi de parayı öderse; bu durumda eğer emir verilen

kişi, emir verenle devamlı birlikte bulunan bir kimse ise (halît)[21] ödediğini almak için ondan ister. Çünkü aralarındaki beraberlik ve samimiyet, bu şekildeki bir sözle, açık bir şekilde onun adına ödeme yapmasını istediğine delildir. Çünkü ortaklar, birbirlerinin borcunu ödeme konusunda zaman zaman diğerinin yerini alırlar.

Aralarındaki samimiyete dayanarak, sözü edilen kişiye ödeme yapmışsa, emriyle ödeme yaptığı kişiye başvurma hakkı vardır. Nitekim kendisine bir ödeme yaptığında da ödediğini almak için daha sonra da ona başvurabilir. [20/56]

Şayet bu kişi, samimi, devamlı birlikte olduğu ve zaman zaman birbirleri adına ödeme yaptıkları bir kişi değilse, Ebû Hanîfe'ye, Muhammed'e ve Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşüne göre, bu para için emri veren kişiye başvuramaz. Ödediğini almak için, ancak ödemeyi yaptığı kişiye başvurabilir. Ebû Yusuf'un son görüşüne göre ise; emir veren kişi, emir verdiği kişiyle ortak olsun veya olmasın, ödemeyi yapanın iki açıdan ona başvurma hakkı vardır:

1 – Emir veren kişinin kendisinden başkasına ödeme yapmasını isteyişi, kendisine ödeme yapmasını isteyişi gibidir. Şayet "bana öde!" deseydi, ödemeyi yapan kişi ona başvuracaktı. Başka birisine ödeme yapmasını istediğinde de, durum böyledir.

Ayrıca, her iki durumda da, bu kişinin yaptığı ödeme, onun emrine dayanmaktadır. Onun emrine dayanarak ödeme yaptığına göre, yaptığı ödeme için kendisine başvuramadığında, onun tarafından aldatılmış olacaktır. Her zaman birlikte bulunan samimi kişilerde dostun zararını önlemede olduğu gibi, başkalarına karşı da aldatma önlenir.

2 – Eğer; "parayı (borç ödemesi olarak) ona öde!" demişse, "ödeme" borçlu olmaya dayanır. Kendisinden ödeme yapması istenen kişi ise, para verdiği kişiye karşı borçlu değildir. Kendisine emir veren kişinin emri, onun borçlanmasını gerektirmez. Dikkate alınması gereken, ödeme emrini veren kişinin borçlu olmasıdır. Onun bu ifadesi, bu açıdan bakıldığında borçlu olduğunu ikrar anlamına gelir. Bu şekildeki bir ifade ile, "benim adıma ödeme yap!" ifadesi arasında bir fark yoktur.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre; "ödeme yap!" veya "ona borç ödemesi olarak para ver!" sözü birden çok şekilde anlaşılabilir. "Sendeki hakkını öde!" anlamına da gelebilir. Bu da iyiliği emretme (emr-i bil ma'ruf) sayılır. "Ona bendeki alacağını öde!" anlamına da gelebilir. Birkaç anlama gelebilen bir şey de delil olamaz. Dolayısıyla, böyle bir emirle ödeme yapan kişi, emir veren kişiden alacaklı duruma gelemez. Emir veren borçlu duruma gelmeyince bu sözüyle emir

---

[21] Bu konuda "ortak" anlamında ـ ـ kelimesi kullanılmıştır. "خَلِيط" su ve yol hakkı gibi haklarda ortak olan anlamına geldiği gibi "işleri bir olan ortak" anlamına da gelir. Burada sözün gelişinden samimi dost, içli-dışlı olan kişi anlamında kullanılmış gibi görünmektedir.

verdiği kişiden ödünç para almış sayılmadığı gibi, zimmetindeki malı da kendi mülkiyetine geçirmesini emretmiş sayılamaz. Oysa para ödeyenin, emredene başvurabilmesi ancak bu iki yoldan biriyle mümkündür.

"Benim adıma ödeme olarak..." ifadesi veya "bendeki alacağını ödeme olarak" sözlerini kullanması ise bundan farklıdır. Çünkü burada, borcu açık bir ifadeyle kendisine dayandırmış ve farklı anlamlara yorumu olasılığı ortadan kalkmıştır.

Başkasına ödeme yapılmasını emretmiş olması, kendisine ödeme yapılmasını istemesine kıyaslanmaz. Çünkü "ona ödeme yap!" emri, ödeme yapan kişiye, bu emre dayanarak kendisine başvurma hakkı vermez. Aksine "kendi malından ödeme yap!" anlamına da gelir. Bu anlam, geri istemenin ödeme yapılan kişiye yöneltileceğini gösterir. Çünkü kendisinden malı alan, emir veren kişi değil, ödemede bulunan o kişidir.

Şayet böyle bir emri, ailesi içerisinde olmayan (aynı evde yaşamayan) çocuğuna veya kardeşine verse, verilen bu emirle, başka birine verilen emir arasında fark yoktur. Ancak böyle bir emri, yanında kalan, kendi veliliği altında olan birine vermesinin hükmü farklıdır. Onun böyle birisine vereceği emir, istihsan yoluyla, ortağına verdiği ödeme emri gibidir. Çünkü bir insan, borcunu aile fertlerinden birinin eliyle de öder. Bu kimselerden birisi eliyle yapılan ödeme, o kişinin kendi eliyle yaptığı ödeme gibidir. Eğer ödemeyi kendi eliyle yapsaydı, özerindeki borcu ödemiş olurdu. Kendi ailesi içindeki bir ferde emir vermiş, o da ödeme yapmışsa, onun hükmü de yine böyledir.

Şayet hanım, kocasından böyle bir ödeme yapmasını istemişse, aralarındaki evlilik bağı, kişinin samimi olduğu kişi gibidir. Hatta daha güçlüdür. Yıllık veya aylık tuttuğu işçisinden (çırağından) böyle bir istekte bulunduğunda da hüküm yine böyledir. Çünkü o, aile fertlerinden birisidir. Ticaret ortağından ödeme isteğinde bulunması da böyledir. Çünkü aralarındaki ortaklık, birisiyle her zaman birlikte olma gibidir veya daha da güçlüdür.

Bütün bu hükümler, istihsan deliline göredir. Herhangi bir kayıt konulmadan kullanılan mutlak bir ifade, insanlar arasında alışılagelmiş, herkesçe anlaşılan anlamda kullanılmış sayılır.

[20/57] Eğer bir kimseye; "filan kişiye bin dirhem para ver!" demişse, kendisine emir verilen kişi, emri verenin veya onun aile efradından birisinin sık sık birlikte olduğu onunla samimi bir kimseyse, aradaki bu ortaklığa dayanarak emri veren kişiye rücû başvurabilir. Ona başvurma hakkının olmaması durumunda bu, emri veren kişinin kendisini aldatması yerindedir. Daha sonra da emri veren kişinin, karşılıklı bir borcu yoksa bile, emriyle verilmiş olan parayı almak için, bu parayı teslim alan kişiye başvurma hakkı vardır.

Şayet emir verilen kişi, emri verenin samimi olmadığı birisiyse, bu durumda Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre, meselenin hükmü açıktır; ödemeyi yapan bu kişinin emri veren kişiye başvurma hakkı yoktur. Ancak verdiğini almak için, parayı kendisinden teslim alan kişiden ister. Ancak âlimler, Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşü konusunda farklı sözler söylemişlerdir.

Birinci yola kıyas edilip, bu yol uygulanıldığında, ödemeyi yapan, emri veren kişiye başvurabilir. Bu durumda, "bana ödeme yap!" veya "ödediğinden ben sorumluyum," demiş gibidir.

İkinci yola kıyas edildiğinde ise, ödemeyi yaptığı kişiye başvurması gerekir. Çünkü kullandığı sözde, parayı teslim alan kişinin bu yolla, önceden var olan bir alacağını aldığına işaret edecek bir ifade yoktur.

Emri veren kişinin; "filan kimseye borç ödemesi olarak bin dirhem ver!" demesi ise buradaki ödemeden farklıdır.

Samimi olduğu bir arkadaşına; "filan kimseye saflık oranı yüksek gümüş paradan bin dirhem ver," der; o da, düşük ayarlı veya bakır karışımlı bin dirhem verirse, emri veren kişiye ancak verdiğinin dengini almak için başvurabilir.

Bu konuda kefilin durumu farklıdır. O, saflık oranı yüksek olan borç paraya kefil olmuş ve bunu düşük ayarlı paradan ödemişse, ödediği parayı kefil olduğu kişiden daha yüksek ayarlı (neciyye) olarak alabilir. Çünkü kefil, üstlendiği sorumluluğa dayanarak başvurma hakkına sahiptir. Görmez misin, ödediği mal kefile bağışlansa bile, kefil bu parayı almak için yine de asıla başvurabilir. Kendisi zimmetinde ayarı yüksek gümüş para üstlendiğinde, bunun bir dengi de asıl borçlunun zimmetinde borç olarak sabit duruma gelmiştir. Daha sonra alacaklı, kefile ödeme konusunda bir kolaylık tanımış, karışımlı parayı kabul edip almışsa, kefil aynı kolaylığı kefil olduğu kişiye tanımak zorunda değildir. Başkasının emriyle ödeme yapan bir kimse ise, zimmetinde herhangi bir borç üstlenmez. Dolayısıyla nasıl bir para ödemişse, o tür bir para için başvurma hakkına sahiptir. Görmez misin bu para, kendisine bağışlansa, bu bağış geçerli değildir. Başvurma hakkı da yaptığı ödemeye göre olduğundan verdiği malı, malın aynı cinsinden alabilir.

Havale edenle havale edilenin anlaşamamaları

Bir kimsenin başka birinden bin dirhem alacağı olsa, birisini bu kişiye havale etse, havale edilen kişi de bu parayı ondan teslim aldıktan sonra, kendisine havalede bulunan kişiye; "bu para, zaten benim sendeki alacağımdı. Böylece kendi hakkımı almış oldum", havaleyi yapan kişi ise; "sen benim alacağım olan malı teslim almak için benim vekilimdin. Benim sana herhangi bir borcum yok. Sen ondan benim hakkımı teslim aldın," derse; geçerli söz, havaleyi yapan kişinin sözüdür.

Çünkü onun, kendisine havale yaptığı kişide alacağının olduğu, teslim alınan malın da onun olduğu açıktır. Daha sonra, bu malı onun adına teslim alan kişi, kendisini havale eden kişide alacağının olduğunu iddia etmekte ve buna

dayanarak malı yanında alıkoymaktadır. Kendisinin havaleyi yapan kişide böyle bir alacağının olduğu ispat edilip ortaya çıkarılmamıştır. Havalenin yapılmış olması, havale edilen kişinin havale eden kişide alacağı olduğuna delil olamaz. Geçerli söz de, inkarcı konumda olan kişinin sözüdür. Parayı almış olan kişi, kendisinin alacaklı olduğunu ispat etmediği takdirde kendisine aldığı bu parayı havaleyi yapan kişiye teslim etmesi emredilir.

Şayet kendisine havalede bulunulan kişi, asıl mal sahibi başka bir yerde iken, ödemesi gereken malı, havale edilen kişiye vermek istemezse, havale akdini kabul ettikten sonra, buna hakkı yoktur. Çünkü havale akdiyle malı ona vermeyi üstlenmiştir. Üstlendiği şeye uyması gerekir.

Eğer alacaklı, borçluya; "bu parayı ona tazminat olarak öde!" dediğinde; bu ifade, havale sayılır. Şayet; "bu malı ona benim adıma tazminat olarak öde!" derse; bu söz, aynı zamanda havaleyi yapan kişi tarafından, havale ettiği kişi lehine bir borç ikrarıdır. Çünkü kendisine havale ettiği kişiden, kendi yerine ödeme yapmasını istemektedir. Bu da, ancak kendisi borçlu olduğunda mümkündür. Çünkü; "ona benim adıma öde!" sözü, parayı teslim alanın bu parayı, kendi adına teslim aldığını, onun tarafından vekil atanmadığını gösteren açık bir ifadedir. Bu da ancak, asıl üzerinde alacaklı lehine borcun sabit olmasıyla mümkündür.

[20/58] Şayet, "gönderdiğim kişi, benim sendeki bin dirhem alacağımı tahsil için havale edilmiştir," diyerek havale etmişse, böyle bir havale, borç ikrarı sayılmaz.

Eğer "sendeki alacağımı, benim adıma kendisine ödemen için, bu kişiyi sana havale ediyorum," demişse; bu, kendisinin havale yapmış olduğu kişiye borcu olduğunu ikrar sayılır.

Eğer "bin dirhem için sana havale ettim," derse; bu borç ikrarı sayılmaz.

Ancak, kendisine havale yapılan kişi de, parayı havale edilen kişiye vermemezlik edemez. Çünkü bu parayı ona ödemeyi üstlenmiştir. Ayrıca söylenen söz, olasılığa açık bir söz olsa da, kendisine havale yapılan kişi, bu olasılığa dayanarak üstlendiği malı kendisine havale edilen kişiye vermemezlik edemez.

Eğer parayı öderse ve kendisine ödeme emri veren kişiyle de samimiyeti varsa, ödediği parayı almak için ona başvurabilir. Emri veren kişi de, parayı teslim alan kişiye böyle bir borcunun olmadığına yemin ettikten sonra, ödenen parayı ondan almak için başvurur. Bu konunun bir benzeri de havale ile ilgili bölümde açıklandı. Kefillikle ilgili konuda da hüküm onun gibidir.

Şayet ödeme emrini veren kişi, samimi olduğu birisi değilse, ona başvurma hakkı yoktur. Çünkü o kişinin bu sözünde sorumluluk üstleneceğini gösteren bir ifade bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ona başvurma hakkı da yoktur. Ancak o para, lehine kefil olunan kişiye ait olur. Bu konu, bir önceki "ona ver!" sözünden farklıdır. Çünkü bu durumda emir verilen kişi, ödeme yaptığı kimseye karşı

herhangi bir şey üstlenmemiştir. Görmez misin; ona ödeme yapmama hakkı vardır. Dolayısıyla, ödemeyi yaptıktan sonra ona başvurma hakkı doğar. Burada havaleyi ve tazminat ödemeyi kabul etmekle, ödemeyi yaptığı kişiye karşı bir sorumluluk üstlenmiştir. Baştan böyle bir ödeme yapmama hakkı yoktur. Ödemeyi yaptıktan sonra da ödediği herhangi bir şeyi geri almak için başvurma hakkı da bulunamaz.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

KEFİLLİK AKDİNDE SULH

Kefilin, kefili olduğu borçlu adına sulh yapması

Bir kimsenin, birisinde bin dirhem alacağı bulunsa, borçlunun isteğiyle birisi de bu borca kefil olsa, daha sonra kefil, alacaklıyla asıl borçlunun bin dirhem borcundan aklanması (ibrası) için yüz dirheme sulh anlaşması yapsa, bu sulh geçerlidir. Bu anlaşma, asıl borçlunun kendisinin anlaşması gibidir.

Bu açıktır. Çünkü bu anlaşmayla alacaklı, parasının onda birini almış, geriye kalan paradan da vazgeçerek borçluyu ibra etmiştir. Her iki işlem de, borcun tamamında geçerli olduğuna göre, bir bölümünde de geçerlidir. Daha sonra kefil, ödediği yüz dirhemi almak için kefil olduğu kişiye başvurur. Çünkü kefilin başvurma hakkı, kendi mülkiyetine giren mala itibarladır. Bu da, asılın ibra edildiği miktarda değil, onun adına kefilin ödediği parada geçerlidir. Çünkü ibra, bir borç düşürmesidir. Düşürülen bu borcun kefilden, birisinin mülkiyetine girmesini gerektirmez.

Bir borç, ibra yoluyla kefilin zimmetine geçmez. Ödeme ise, bundan farklıdır. Çünkü ödeme, borcun aslını kefilin zimmetine geçirir. O, ödemeyi yaparak zimmetindeki paraya sahip olur. Dolayısıyla bu parayı almak için, asıl borçludan isteme hakkına sahiptir.

Şayet alacaklıyla yüz dirheme, sadece kefili kalan borçtan ibrası için sulh yaparsa, kefil bu yüz dirhem, alacaklı da dokuz yüz dirhem için asıl borçluya başvurur. Kefilin ibrası, kefillik akdini sona erdirirse de asıl üzerindeki borcu düşürmez. Kefili ibra etmiş olduğu dokuzyüz dirhem tutarındaki bu borç, asılın zimmetinde kalmaya devam eder. Çünkü kefil, borcun kendisinden istenmesini yüklenmiştir. Kefilin ibrası da, asıl borçla değil, bu yüklenmeyle ilgili bir işlem olabilir. Borç, bu ibra yoluyla kefilin zimmetine geçmez. [20/59]

Eğer kefil, alacaklıyla, dokuz yüz dirhemi kendisine bağışlaması için yüz dirheme, anlaşırsa; bu bin dirhemin hepsini almak için kendisine kefil olduğu asıl borçluya başvurabilir. Çünkü tamamı bin dirhem olan asıl borcun, bir bölümüne ödeme yaptığı için, bir kısmına da alacaklının bağışlamasıyla sahip olmuştur. Borcun bir kısmı da bütünü gibi değerlendirilir. Çünkü bağış, esasen bağışlanan şeyde mülkiyet ifade eder. Dolayısıyla, böyle bir bağışı geçerli sayabilmek için de

kefilin zimmetine geçmesi, alacaklının, asıl borçlunun zimmetinde alacağının kalmaması, bütün borcun kefilin zimmetine geçer. Sonra da bağış ve yaptığı ödeme yoluyla bu paraya sahip olur. Haliyle de asıl borçluya başvurma doğar.

Eğer kefil, alacaklıyla on dinara (altına) sulh anlaşması yapar veya alacaklı, alacağı olan dirhem (gümüş) cinsinden parayı, ona on dinara satarsa, kefilin bin dirhemin tümünü almak için asıl borçluya başvurma hakkı vardır.

Çünkü o, bu sulh anlaşması veya alım-satım akdiyle bin dirhemin tümüne sahip olmuştur. Bu mülkiyetin geçerli sayılabilmesi için de, borcun kefilin zimmetine geçmesi gerekir. Alım-satım akdinde olduğu gibi, alacağın cinsinden bir başka malla yapılan sulh, karşılık olarak alınan mallarda mülkiyet ifade eder.

Peşin olan ölçülebilen veya tartılabilen belirli bir şeyle, ya da hayvan, malzeme veya ticârî mal karşılığı anlaştığında da hüküm böyledir. Hepsinde hüküm aynıdır.

Çok kefilli bir borçta, kefillerden birisinin sulh akdi yapması

Şayet kefille birlikte ikinci bir kefil bulunur, bu kefillerin her biri de arkadaşına kefil olursa, ödemeyi yapan kefil, ödediğinin yarısını almak için diğer kefile başvurabilir. Çünkü bu anlaşma veya alım-satım akdi, asıla başvurma açısından borç ödemesi gibidir. Birlikte kefil olduğu kişiye başvurma konusunda da durum böyledir. Eğer borcun tamamını ödemişse, bunun yarısını almak için onunla kefilliğe ortak olan kişiye başvurabilir. Buradaki hüküm de yine öyledir.

Bir kimsenin bin dirhem borcuna kefil olan iki kişi, birbirlerine de kefil olmuşlar, içlerinden birisi borcun yarısını ödemiş, ardından da kendisiyle birlikte kefil olan arkadaşından ödediğinin yarısını almış ve özellikle bu kişinin kalan borçtan ibrası için onunla yüz dirheme anlaşmışsa, yapılan sulh anlaşması geçerlidir. Ödemiş olduğu beşyüz dirhem tutarındaki paranın yarısını almak için ona başvurabilir. Böylece kefillik ödemesinde eşitleşmiş olurlar. Ondan bu paranın bir kısmını alır. Geri kalan paradan da ibra ederse; asıl borçluya yapılacak böyle bir ibra, geçerli olduğu gibi, onunla yaptığı ibra da geçerlidir.

Öte yandan, kefilin borçtan ibrası, asılı borçtan kurtarmaz. Dolayısıyla ödemeyi yapan kefil, paranın bütününü almak için asıl borçluya başvurabilir. Bu paranın yüz dirhemi, yaptığı sulh anlaşmasıyla arkadaşı tarafından kendisine verilmiştir. Geriye kalan dokuz yüz dirhemi almak için, asıl borçluya başvurma hakkı vardır. Diğer kefil de, asıl borçluya yüz dirhemi almak için başvurabilir. Hangisi asıl borçludan bir şey alırsa, alınan bu parayı, zimmetlerindeki kefillik sorumluluğu oranlarına göre bölüşürler. Birisi onda dokuzunu, diğeri ise onda birini alır.

[20/60]

Eğer ödemeyi yapan kefil, ödediği beşyüz dirhem için arkadaşıyla on dinara veya bir kür buğdaya ya da herhangi bir eşya karşılığı anlaşırsa, bu anlaşma da geçerlidir. Nitekim alacaklı kişi ile beş yüz dirhem karşılığı böyle bir anlaşma yapsa, yaptığı bu anlaşma da geçerlidir. Diğer kefil, yaptığı sulh anlaşmasıyla beşyüz dirheme sahip olur. Bu durumda parayı aynıyla karşı tarafa ödemiş gibidir.

Kefillerden her biri, beşyüz dirhemi almak için asıl borçluyu kovuşturur; hangisi ondan bir şey alırsa, aldığı bu parayı arkadaşı ile zimmetlerinde üstlendikleri hak oranında bölüşürler.

Eğer borç, buğdaysa ve bir kişi bu borca kefil olmuş, daha sonra da alacaklı ile on dirheme sulh anlaşması yapmışsa, buğday olan borcun bütününü almak için asıl borçluya başvurabilir. Çünkü kefilin ödediği bu para, bütün gıda maddesinin bedeli sayılmaya uygundur. Dolayısıyla ödemiş olduğu bu parayla, buğdayın hepsinin sahibi olur. Görmez misin buğdayı kumaş vererek trampa yoluyla satın alsaydı, bütün buğdaya sahip olur, hepsi için asıl borçluya başvurabilirdi. Burada da hüküm aynıdır.

Bin dirhem borca iki kişi kefil olsa ve bu kefiller de aynı zamanda birbirlerinin kefili iseler, iki kefilden birisi arkadaşıyla kendisini payına düşen kefillik sorumluluğunda ibra etmesi için yüz dirheme anlaşsa ve anlaştığı bu parayı ondan alsa daha sonra alacaklıya bütün borcu bu yüz dirhemi alan kefil ödemişse, kefil olduğu kişiye dokuzyüz dirhem daha almak için başvurma hakkı vardır. Kendisi ile birlikte kefil olan kişiye herhangi bir şey almak için başvuramaz. Yüz dirhemi vermiş olan kefil de, kefil olduğu kişiye verdiği yüz dirhemi almak için başvurur. Çünkü bu, kefillerin her ikisi de asıl borçluya bütün borçta, birbirlerine de yarısında kefildirler.

Kefilin asıl borçlu ile sulh yapması

Alacaklıya ödeme yapmadan, kefilin borçluyla sulh anlaşması yapması da alacaklıyla anlaşma yapması da geçerlidir. Eğer kefillerden biri, diğer arkadaşıyla yüz dirheme anlaşma yaparsa, yüz dirhemi aşan borç konusunda kendisine başvurulma yükümlülüğünden kurtulur. O, asıl borçluya kefildi. Kefil olan kişinin borçtan ibrası, asıl borçluyu borç yükümlülüğünden kurtarmaz.

Yüz dirhemi alan kişi, bin dirhem borcun hepsini ödemişse, asıl adına dokuzyüz dirhem ödemiştir. Dolayısıyla, bu parayı almak için asıla başvurabilir. Kendisiyle birlikte kefil olan kişi adına da ona kefil olduğu miktar ödeme yapmıştır. Bu da, yüz dirhemdir. Bu yüz dirhemi veren kişi, verdiği yüz dirhemi almak için asıla başvurur. Çünkü kefilinin onun adına yaptığı ödeme, kendi yaptığı ödeme gibidir.

Şayet bu anlatıldığı şekilde olmayıp da alacaklı, kendisine olan borcu, yüz dirhemi veren kişiden ister ve bin dirhemin hepsini ondan alırsa; o da, dokuzyüz dirhem almak için diğer kefil ortağına başvurur. Çünkü kendi adına alacaklıya verilmek üzere ona yüz dirhem vermiştir. O bunu yapmamış ve bu parayı da kendisi ödemişse, bu yüz dirhemi de ondan alır. Ona beş yüz dirhem için de kefil olmuştu. Bu parayı ödediğine göre, ödediği beşyüz dirhem için de ona başvurur.

Eğer kefil diğer kefille bir kür buğday karşılığı sulh yapmış ve kendi payına düşen kefillik sorumluluğundan kurtulmayı istemişse; bu anlaşma, kendi aralarında

geçerlidir. Çünkü ona beş yüz dirhemde kefil olmuştur. Kendisine verdiği şey de, bu beşyüz dirheme bedel olabilecek bir şeydir.

Onların yaptığı bu işlem, alacaklı açısından geçerli değildir. O, alacağının tamamını hangisinden isterse ondan alabilir. Şayet bin dirhem borcu ödeyen kefili seçer, alacağını arkadaşına ödeme yapan bu kişiden alırsa; o da verdiği paranın tamamını almak için kendisiyle birlikte kefil olan diğer kişiye başvurur. Bununla birlikte isterse beşyüz dirhemi asıl borçludan da alabilir. Ancak buğdayı teslim alan kefil, aldığı buğdayı ona geri verirse, buğdayla birlikte beşyüz dirhemi de verir. Çünkü bin dirhem ödemeyi yapan kefilin, ödediği paranın yarısı olan beşyüz dirhemi almak için kefillik ortağına başvurma hakkı vardır. Bu parayı onun isteğiyle onun adına üstlenmiştir. Diğer yarı için de ona başvurabilir. Çünkü diğer yarısı olan beş yüz dirhemin karşılığında da buğday vermiş ve alacaklıya bu parayı ödemesini koşul koymuştur. Kefil olan diğer arkadaşı, bunu yapmayıp da ödemeyi kendisi yaptığında, bu beşyüz dirhemi almak için de yine ona başvurabilir. [20/61]

Ancak, buğdayı teslim alan kefil onu, ödenen beş yüz dirhem konusunda kendisine başvurabilmesi için değil, arkadaşını ibra edip kendisine başvurmamak üzere sulh yapmışsa ve buna rağmen kendisine başvurulmuşsa, bu durumda muhayyerdir. Çünkü sulh anlaşması, asıl olması gerekeni gerçekleştirmek için değildir; vazgeçme, affetme prensibine dayalıdır. Dilerse, sulh anlaşmasını bozar, buğdayı kendisine geri verir. Dilerse, buğdayı alı kor, bedeli olan beşyüz dirhemi verir.

Bin dirhemi ödeyen kefil, dilerse beş yüz dirhem için asıl borçluya başvurur. Çünkü bu parayı onun isteğiyle üstlenmiş, daha sonra da ödemiştir. Diğer beşyüz dirhem için de, buğdayı teslim alan kefile başvurur. Ancak daha önce de açıklandığı gibi bu kefil, isterse buğdayı ona geri verir.

Bu meselenin hukuki (mantıkî/aklî) açıklaması kısaca şöyledir: Buğdayın karşılığı olan beş yüz dirhemde, ödemeyi yapan kişi, asıl borçluya başvurma hakkına sahip değildir. Çünkü bu paranın karşılığı, kefil tarafından kendisine buğday olarak verilmiştir. Dolayısıyla, özellikle kendisine buğday verdiği kişiye başvurması gerekir. Ancak buğdayı almış olan kişi, dilerse aldığı buğdayı ona geri verir. Çünkü bu buğdayı, bir kısım hakkından vazgeçmek, arkadaşının sorumluluğunu azaltmak, yükümlülüğünü kaldırmak için almıştır.

Eğer iki kefilden birisi, diğeriyle on dinara sulh anlaşması yapmış, bu parayı kefillikten payına düşen yükümlülükten kurtarma (ibra) koşuluyla ona vermiş, daha sonra da alacaklı, on dinarı alanla, aldığı dinarların aynısı karşılığı bütün borç için anlaşma yapmışsa ve kefil de, bu parayı ona teslim etmişse, yapılan bu sulh anlaşması geçerlidir. Çünkü bu kişi, bu dinarları arkadaşından almış ve aldığı bu dinarlar üzerindeki mülkiyeti tamamlanmıştır. Alacaklıyla bütün borç karşılığında sulh yapmanın geçerli olabilmesi açısından, bu dinarları bizzat kendi dinarlarından

belirlemiş olur. Bu anlaşma, cinsler farklı olduğundan faiz anlamı bulunmadığı için dinarları alan kişi açısından mülkiyet ifade eder. Sonra da, alacaklıyla sulh yapan kefil, beş yüz dirhem için asıl borçluya başvurabilir. Ayrıca, diğer kefil de beş yüz dirhem almak için yine asıl borçluya başvurur. Çünkü alacaklıyla anlaşma yapan kefil, bu sulh anlaşmasıyla bin dirhemin tümüne sahip olmuştur. Bu durum, bin dirhemin tümünü kendisine ödemesine benzer. Bin dirhemin tamamını ödediğinde, eğer anlaşma yapmamış olsaydı, bunun beş yüz dirhemini almak için diğer kefile başvurabilirdi. Onunla dinarlar karşılığı beş yüz dirheme yaptığı anlaşma da geçerlidir. Aralarında yapılan bu sulh, sanki onun izninden sonra yapılmış gibidir. Dolayısıyla, kefillerden her biri, beş yüz dirhem almak için asıl borçluya başvurabilir. Anlaşma yapan birinci kefilin yaptığı ödeme, onun kendisinin yaptığı ödeme gibidir. Daha sonra ikisinden hangisi asıl borçludan bir şey alırsa, diğer arkadaşı buna ortak olur. Çünkü asılın zimmetindeki borç kefiller arasında ortaktır. İki ortaktan biri, aralarındaki ortak borca mahsuben bir şey almışsa, arkadaşı da buna ortak olur.

Eğer böyle olmayıp da, iki kefilden biri bütün parayı alacaklıya öder, sonra da diğer kefil onunla kendisini ibra için yüz dirheme veya on dinara anlaşma yaparsa bu parayı da teslim alırsa yapılan anlaşma geçerlidir. Çünkü ödemeyi yapmakla, kefillikte kendisine ortak olan diğer kişiden beş yüz dirhem isteme hakkı vardır. Beş yüz dirhemlik bir borç için, yüz dirheme veya on dinara anlaşma yapması geçerlidir. Daha sonra, her ikisi bin dirhemin tamamı için asıl borçluyu kovuştururlar. Çünkü bu ikisi, bin dirhem borcun bütününü onun adına ödemişlerdir.

Aralarındaki sulhu dinar (altın para) üzerinden yapmışlarsa, aldıkları bin dirhem aralarında yarı yarıya bölüştürülür. Çünkü dinarı veren kişi, verdiği parayla bu beş yüz dirheme sahip olmuştur. Mümkün olduğu zaman yapılan sulh, temlik (mülkiyeti devretme) yoluyla geçerli olur. Borç ile ödenen paranın cinsleri farklı olduğunda bu, mümkündür. Dolayısıyla, her biri asıl borçluya beş yüz dirhem almak için başvurur. Bu durum, sanki anlaşma yapan kefilin diğer arkadaşına beş yüz dirhem vermesi gibidir. **[20/62]**

Şayet aralarındaki anlaşma, yüz dirheme yapılmışsa, alınan bin dirhem, aralarında onlu paydaya göre bölüştürülür. Çünkü bu durumda yapılan anlaşma, borcu düşürme türünden bir anlaşmadır. Beş yüz dirhemin, yüz dirhemle değiştirilmesi faizdir. Yüz dirhemi veren kişi, ancak verdiği kadar para alabilir. Bin dirhemi ödeyen kefilin, yüz dirhemden artan parada arkadaşını ibra etmiş (borcunu silmiş) olması, asıl borçluyu ibra sayılamaz. Dolayısıyla bin dirhemi ödeyen kefil, bunun dokuz yüz dirhemini almak için, diğer kefil de, yüz dirhemi almak için asıla başvururlar. Eğer birisi ondan bir şey alırsa; alınan para, aralarında hakları oranında bölüştürülür.

Eğer diğer kefille, eşya veya hayvan karşılığı anlaşma yapmışsa; bu anlaşmanın hükmü, altın parayla (dinarla) yapılan anlaşma gibidir. Çünkü anlaşma, mülk edindirme yoluyla geçerli olur.

Sulh anlaşmasının hem para ödenmeden önce hem de sonra yapılması geçerlidir. Çünkü kefillik akdiyle kefil, asıl borçludan alacaklı konuma gelmiştir. Nitekim asıl alacaklı konumunda olan kimse de, kefillik akdiyle alacağını kefilden isteme hakkına sahiptir. Görmez misin kefil olan bir kimse, alacaklı kendisine nasıl davranıyorsa, asıl borçludan kendisi o şekilde isteme yetkisine sahiptir. Kefilin, asıl borçluyla sulh yapması, ödemeden önce de sonra da geçerlidir.

Eğer borç, ödünç alınan buğday veya gasp yoluyla alınan malsa ve iki kefilden biri de diğeriyle miktarı belli bir para karşılığı, kendisini kefillik sorumluluğu dâvasından ibra için anlaşma yapmışsa, bunun hükmü de yukarda geçen konuda olduğu gibidir. Orada açıklandığı gibi, aralarındaki bu anlaşma, mübâdele (bir şeyi diğer bir şeyle değişme) yoluyla gerçekleşmesi mümkün olan bir anlaşmadır.

Eğer dirhemleri teslim alan kişi, buğdayın tamamını ödemişse, her ikisi de asıl borçluyu kovuşturur. Ondan aldıklarını yarı yarıya bölüşürler. Çünkü dirhemleri ödeyen kefil, arkadaşı açısından asıl konumundadır. Onun kefilinin yaptığı ödeme, kendi ödemesi gibidir. Arkadaşına verdiği dirhemler karşılığı, buğdaydan kendi payına düşen kısmın mülkiyeti, tamamen kendisinin olmuştur. Dolayısıyla, bunu almak için asıl borçluya başvurabilir. Buğdayı veren kefil ise asıl borçlu adına buğdaya kefil olmuş ve bunu ödemiştir. Arkadaşı tarafından kendisine bedeli ödenmeyen kısım için, asıl borçluya başvurur. Bu da buğdayın yarısıdır. Bu yüzden de her bir buğdayın yarısını asıldan isterler.

Eğer buğday borcunu, dirhemleri veren kişi ödemişse, verdiğinin tamamını almak için asıl borçluya başvurur. Çünkü buğday borcunun tamamı için ona kefil olmuş ve ödemeyi yapmıştır. Daha sonra, kendisinden para alan diğer kefile başvurarak ondan, verdiği buğdayın yarısını alır. Çünkü dirhemleri ona, onun adına kefil olduğu buğdayın yarı bedelini, alacaklıya vermesi için vermiştir. O ise, üzerine düşeni yapmamıştır. Dolayısıyla ödediğini almak için ona başvurur Ancak parayı alan kişi, dilerse bu parayı ona geri verir. Çünkü parayı anlaşma yoluyla almıştır. Sulh anlaşması da, bir hakkın bütünüyle sahibine ulaşmasına değil, hakkın bir bölümünden vazgeçerek karşı tarafa hoş görülü davranma prensibine dayanır. İş bu noktaya geldiğinde, buğdayın yarısını geri vererek diğer yarıyı tamamlar. Dilerse, bu zararı üstlenerek aldığı yüz dirhemi de geri verir. Buğday veren kefil isterse kendisiyle birlikte kefil olan arkadaşını kovuşturur. Ondan buğdayın tamamını alır. Onun adına borçluya öder. Böyle yapmayıp da kendisi ödeme yaparsa, ödediğini almak için ona başvurur. Ancak buğdayın yarısı karşılığı, aldığı dirhemleri geri verebilir. Bunu yapma hakkı vardır. Buğdayın yarısıyla birlikte

[20/63]

dirhemleri de geri verir. Asıl borçludan alınan mal da hakları oranında, aralarında ortak olurlar.

Eğer iki kişi, bir adamın yüz dirhem borcuna kefil olurken birbirlerine de kefil olmuşlarsa, daha sonra da kefillerden biri, kendisini borçtan kurtarması (ibra etmesi) için diğeriyle on dirheme anlaşma yaparsa, ardından da on dirhemi alan kefil, alacaklıyla beş dirheme anlaşma yapar ve bu beş dirhemi ona öderse, kendisiyle birlikte kefil olan kişiye yedi buçuk dirhem geri verir. Daha sonrada her ikisi, asıl borçluya başvurarak ondan beş dirhem alırlar. Çünkü on dirhemi veren kişi, arkadaşına kendi adına on dirhem ödesin diye bu parayı vermiştir. Arkadaşı ise, onun adına kefil olduğu paradan alacaklıya sadece iki buçuk dirhem vermiştir. Çünkü alacaklıya ödediği beş dirhemdir. Bu beş dirhem, iki paydan meydana gelen ortak bir paradır. Bu paranın yarısını, arkadaşı adına üstlenmiştir.

Buradan da anlıyoruz ki; o arkadaşı adına alacaklıya iki buçuk dirhem ödemiştir. Arkadaşı ise alacaklının ibrasıyla geriye kalan borçtan kurtulmuştur. Çünkü borç ile ödenen paranın cinsi aynı olunca, sulh anlaşması değişme (mübâdele) yoluyla gerçekleşmiş sayılamaz. Bu yüzden ödemeyi yapan kişi, verdiği on dirhemin yedi buçuğunu almak için arkadaşına başvurur. Böylece her biri asıl borçlu adına hükmen iki buçuk dirhem vermiş sayılır. Daha sonra da her ikisi bu şekilde ödenen beş dirhemi almak için asıl borçluya başvururlar.

Asıl borçlunun kefille sulh akdi yapması

Durum böyle olmayıp da asıl borçlu, kefillerden birisiyle on dirheme anlaşma yapar ve bu parayı da ona verirse, ödeme sırasında kendisine başvurulduğunda on dirhemden fazla olan borcun düşürülmesi yoluyla bu anlaşma geçerli olur. Eğer on dirhemi alan kefil, alacaklıya yüz dirhem öderse, ödediği para için ne asıl borçluya, ne de diğer kefile başvurabilir. Asıl borçludan aldığı on dirhemle, sulh anlaşması yaparak bu paradan artan borçtan onu aklamıştır (ibra etmiştir). Dolayısıyla ödeme sırasında herhangi bir şey almak için ona başvuramaz. Onunla birlikte olan diğer kefil, ödeme yoluyla değil, asıl borçlunun ibrasıyla borçtan kurtulur. Çünkü asıl borçlunun, borçlu olmaktan kurtuluşu, hangi şekilde olursa olsun kefilin de borçtan kurtulmasına neden olur.

Eğer yüz dirhemi diğer kefil ödemişse, bu paranın elli dirhemini almak için kendisiyle birlikte kefil olan diğer kişiye ve yine elli dirhem için de, asıl borçluya başvurur. Çünkü bu paranın elli dirhemini kendisiyle birlikte kefil olan kişi adına ödemiştir. Eğer diğer kefil ile asıl borçlu arasında böyle bir sulh anlaşması yapılmamış olsaydı, ödemeyi yapan bu kişi, kefillik yoluyla diğer kefil adına ödediği elli dirhemi almak için ona başvuracaktı. Anlaşmadan sonra başvurması da öncelikle mümkündür. Asıl borçluya da diğer elli dirhemde kefildi. Bu parayı da onun adına ödemiştir. Daha sonra asıl borçlu, kendisiyle sulh anlaşması yaptığı kefilden beş dirhemi geri alır. Çünkü diğer kefil, onunla on dirheme anlaşma yapmıştır. Bunun yarısı, kendi kefilliği olduğu, diğer yarısı da arkadaşının kefili

olduğu ve onun adına ödeme yapacağı içindir. O ödemeyi yapmayınca, bu on dirhemin yarısı olan beş dirhemi almak için, ona başvurur. Diğer beş dirhem de anlaşma yapana ait olur. Çünkü diğer kefil, kendisine elli dirhem almak için başvurunca, o da bu parayı almak için, asıla başvurur. Şayet kendisiyle bu beş dirheme sulh yapmamış, geriye kalan ve bütünü elli olan borçtan onu ibra etmemiş olsaydı, asıl borçluya başvururdu.

[20/64] Asıl borçlu, kefillerin her ikisiyle birlikte, kefil olunan borcun bütünü için on dirheme anlaşsa, yapılan anlaşma geçerlidir. İçlerinden hangisi kefil olunan yüz dirhemi alacaklıya öderse; asıl borçluya beş dirhemin ötesinde herhangi bir şey almak için başvuramaz. Çünkü kefillerden her biri, onunla sulh anlaşması yaparak kefil olduğu borcun beş dirheminin fazlasından onu ibra etmiştir. Eğer, ödemeyi yaptıktan sonra onu ibra etmiş olsaydı, kendisine başvurma hakkı düşerdi. Ödemeden önce ibra ettiğinde de hüküm böyledir. İsterse, asıl borçludan parayı teslim alan kefil, arkadaşına başvurarak ondan teslim almış olduğu bu beş dirhemi alır. Çünkü bu beş dirhemi, asıl borçlu adına alacaklıya karşı üstlendiği borca vermek için almış, ancak vermemiştir. Parayı, diğer kefil vermiştir. Dolayısıyla bu beş dirhem onun hakkıdır. Dolayısıyla, bu parayı ondan alır. Daha önce de açıklandığı gibi herhangi bir şey almak için başkasını kovuşturamazlar.

Ya da "Ödemeyi yapan kişi, arkadaşının kefillikle teslim aldığı beş dirhemin dışında kalan beş dirhemden daha fazla para almak için, asıl borçluya başvuramaz" sözünden maksat şudur: Ödemeyi yapan kefil, asıl borçlu adına ödeme yaparken bu beş dirhemi de ödemiştir; bu paradan ibrada bulunmamıştır. Dolayısıyla, istediğinde bu parayı almak için asıl borçluya başvurur. Daha sonra asıl borçlu da, bu parayı kendisinde teslim alan diğer borçluya başvurur. Yukarıda açıklandığı gibi dilerse diğer arkadaşına da başvurur.

İki kefilden hiçbiri parayı ödemeyip, ödemeyi asıl borçlu yaparsa, kefillere verdiği on dirhemin aynını almak için onlara başvurur. Çünkü bu on dirhemi kendisinden üstlendikleri borcu ödemek üzere almışlardır. Kendisi bu borcu ödediği zaman bu ödeme yapılmamıştı. Dolayısıyla, bu on dirhemi almak için onlara başvurma hakkı vardır. Bundan daha fazlası için ise başvuramaz. Çünkü onlara, borcu düşürdükleri için değil, kendisinden para aldıkları için başvurabilir.

Eğer kefillerle, kumaş karşılığı anlaşmış ve kumaşı kendilerine teslim etmiş, daha sonra da alacaklıya yüz dirhemi kendisi ödemişse, kefillerden her birine başvurarak, elli dirhem olan borca bedel sayılış hükmüne dayanarak onlardan verdiği kumaşın yarısını geri alır. Onların her birisi bu kumaşı alacaklının hakkını vermek için ondan almışlardı. Bu durumda ödemeyi asıl borçlu yapmayıp da, kumaşı alan kefilin kendisine de kefil olduğu arkadaşı yapsa, elli dirhemi almak için ona başvurur. Dilerse, bu parayı almak için asıl borçluya da başvurabilir. Çünkü bu elli dirhemi onun adına üstlenmiş ve ödememiştir.

Eğer parayı almak için asıl borçluya başvurursa, asıl da hiçbir ödeme yapmayan kefile başvurur. Ancak bu kefil, sulh bedeli olan kumaşın yarısını geri verirse, ona başvuramaz. Çünkü bu kişi, sözü edilen kumaşı, onun adına alacaklıya ödeme yapmak için almış, ancak herhangi bir ödeme yapmamış; adına ödeme yapan diğer kefile bu parayı kendisi vermiştir. Kefilin onun adına alacaklıya ödeme yapması, bizzat kendi ödeme yapması gibidir. Dolayısıyla, bu parayı almak için hiçbir ödeme yapmayan kefile başvurur. Çünkü bir ödeme yapmamış olan bu kefil, kendi asıl hakkı olarak değil, belli bir oranda hakkından vazgeçerek bu kumaşı almıştır. Bunun için de kendisine muhayyerlik tanınır.

Eğer ödemeyi yapan kefil yüz dirhem değil de sadece on dirhem ödese; ödediği bu on dirhem karşılığı da alacaklıyla sulh yapsa, bu paranın beş dirhemini almak için diğer kefile başvuramaz. Fakat asıl borçlu, alacaklıya on dirhemi veren kefile başvurarak ondan kırk dirhem, diğer kefile başvurarak ondan da elli dirhem alır. Çünkü kefillerden her biri, kendilerine vermiş olduğu kumaşın yarısını ondan teslim alarak onun adına alacaklıya elli dirhem vermeyi üstlenmişler ve bu parayı hükmen teslim almış gibi kabul edilmişler, ama ödeme yapmayan kefil, alacaklıya bu paradan hiçbir şey ödememiştir. Borçlu bu elli dirhemden alacaklının kendisini ibra etmesiyle kurtulmuştur. Dolayısıyla asıl borçlu bu elli dirhemi almak için o kefile başvurabilir. Ancak bu kefil dilerse, aldığı kumaşı geriye vererek sorumluluktan kurtulur. On dirhem ödeyen kefil de hükmen bu elli dirhemi alacaklıya vermek için ondan teslim almış sayılır. Ancak alacaklıya sadece on dirhem ödemiştir. Asıl borçlu da on dirhemden arda kalan borçtan, alacaklının ibrası ile kurtulmuştur. Dolayısıyla on dirhem ödeme yapan kefil, kırk dirhem miktarında para alır. Bu durumda on dirhem ödeme yapan kefil, bu on dirhemin yarısını almak için diğer arkadaşına başvuramaz. Çünkü o asıl borçludan bu on dirhemi ve fazlasını almıştır. Dolayısıyla diğer kefilden bir şey alamaz. [20/65]

Kefil bir şey ödemeyip de asıl borçlu, alacaklı ile on dirheme sulh anlaşması yaparsa, kefillerden her birine başvurarak onlardan elli dirhem alır. Ancak kefiller dilerlerse aldıkları kumaşı geri verip elli dirhem verme zorunluluğundan kurtulurlar. Çünkü böyle bir durumda kefillerden her biri ondan hükmen elli dirhem almış gibidir. Ancak bu elli dirhemi gerçek hak olarak değil, bir kısmından vazgeçilerek hoşgörülü bir şekilde almıştır.

Eğer asıl borçlu kefillerin ikisiyle on dirheme, kefillerden biri de alacaklıyla dört dirheme sulh yaparsa bu kefil, adına ödediği iki dirhemi almak için diğerine başvuramaz. Çünkü o, önce de açıklandığı gibi bu parayı fazlasıyla asıl borçludan almıştır. Ancak böyle bir durumda asıl borçluya bir dirhem geri verir. Çünkü ondan beş dirhem almıştır. Kendisi ise alacaklıya dört dirhem ödemiştir. Alacaklının kendisini aklamasıyla (ibra etmesiyle) dört dirhemden daha fazla olan borçtan kurtulmuştur.

Diğer arkadaşı asıl borçluya beş dirhem geri verir. Çünkü diğer kefil asıl borçludan beş dirhem almış ve onun adına hiçbir şey vermemiştir. Arkadaşının payıyla ilgili sorumluluktan ancak alacaklının ibrasıyla kurtulmuştur.

Şayet asıl alacaklı kefillerle kumaş karşılığı anlaşmış daha sonra da kefillerden birisi alacaklıyla bütün alacaktan ibra koşuluyla belli bir para karşılığı anlaşmışsa bir şey almak için arkadaşına başvuramaz. Çünkü bu kişi alacaklıya dirhem cinsinden para vermiştir. Böylece asıl borçludan kumaş karşılığı sulh yoluyla elli dirhemi hükmen almış sayılır. Bu yüzden ortağına başvuramaz; ondan bir şey isteyemez. Ancak alacaklıyla anlaşma yapan kefil, asıl borçluya kırk dokuz dirhem geri verir. Arkadaşı ise, asıl borçluya elli dirhem verir. Çünkü onlardan her biri asıl borçludan elli dirhem almış ve asıl borçlu, kefillerin yaptığı bu ödemeyle alacaklının hakkından kurtulmayı koşul koymuştur. Bu kurtarma (ibra) ise gerçekleşmemiştir. Alacaklıyla dirhem (gümüş para) karşılığı anlaşan kişi ödemeyi de yalnız dirhem olarak yapmıştır. Dolayısıyla, elli dirhemden geriye kalan parayı ona geri vermek zorundadır. Diğer kefil ise, alacaklıya herhangi bir ödeme yapmamıştır. Hükmen almış olduğu elli dirhemi, ona geri vermek zorundadır.

Vâdeli bir borca kefil olan birisinin daha sonra müfâvada ortaklığı kurması

Bir kimse, bir başkasının vâdeli borcuna kefil olduktan sonra bir kişiyle müfâvada şirketi (her yönüyle eşit bir ortaklık) kursa ve vâde dolsa, ortağı onun bu kefillik borcunu üstlenmek zorunda değildir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre bu hükmün gerekçesi şudur: Müfâvada ortaklığı, ortaklık kurulduktan sonra bile üstlenilecek bir kefillik akdinde eşit sorumluluk üstlenmeyi gerektirmez Bu durumda kefillik borcunu üstlenmeyi gerektirmediğine göre, şirket kurulmadan önceki kefillik sorumluluğunun üstlenilmesini öncelikle gerektirmez.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise, müfâvada ortaklarından her biri, ortaklık kurulduktan sonra ortağının yaptığı akitlerle üstleneceği borçlarda arkadaşına kefildir. Burada ise borç, ortaklığın kurulmasından önce yapılan bir akitle, üstlenilmiştir. Çünkü kefilin bu malı ödeme sorumluluğu vâdenin dolmasıyla değil, yapılan kefillik akdiyledir. Çünkü borcun istenmesini engelleyen vâde, sürenin dolmasıyla ortadan kalkar. Borç ise kefilliği nedeniyle ödemek zorunda kaldığı bir borç olarak üzerindedir. Bu kefillik akdi de, ortaklıktan öncedir. Bu borç da sanki parayla vâdeli satın aldığı bir malın borcu gibidir. Bu da vâdeli bir mal satın alan alıcının, bundan sonra birisiyle müfâvada ortaklığı kurmasına benzer.

[20/66]

Müfâvada ortaklarından birisinin, yabancı birine kefil olması

Müfâvada ortaklarından birisi, birisinin aldığı bir mala karşılık olan vâdeli bir borca kefil olsa; daha sonra da ortağından ayrılsa veya ortak olduğu kişi ölse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, müfâvada ortağı, kefil olunan bütün borcu üstlenmek zorundadır. Çünkü bu borç, aralarındaki ortaklık devam ettiği sırada yapılan bir işlem nedeniyle gerçekleşmiştir. Borç üstlenmeye engel ise, ortaklığın bitmesiyle ortadan kalkmıştır. Borçlanmayı gerektiren işlemi yapan kişi, nasıl bu borcu

ödemek zorunda ise hükmen kendisine kefil olduğu için diğer ortağı da bu borçtan sorumludur. Ortaklık daha sonra bozulmuştur. Ortaklığın, ölüm nedeniyle bozulması, daha önceden üstlendiği bu borcu düşürmez. Nitekim böyle bir kimse, vâdeli bir mal satın alsa, daha sonra da aralarındaki ortaklık bozulsa; o da, yapılan vâdeli borçlanmadan sorumludur. Eğer ortak, ortaklıktan ayrılmadan önce veya sonra bu borcu öderse, ortağına kefil olmasını isteyen kişiye başvurma hakkına sahiptir. Çünkü nasıl borç üstlenme ve alacaklıya ödeme yapmak konusunda, ortağının yerini tutuyorsa; asıl borçluya başvurma konusunda da, onun yerini alır. Çünkü kefillik akdiyle alacaklı kişi nasıl her iki ortaktan da alacaklı oluyorsa, ortakların her biri de, içlerinden birinden kefil olmasını isteyen asıl borçludan alacaklı olur. Çünkü alacaklının ortaklardan birisinden kefil olmasını istemesi her ikisinden de kefil olmalarını istemesi gibidir. Bu iki ortak, yapmış oldukları müfâvada ortaklığıyla bir tek kişi gibi olmuşlardır.

Kefil olan, ortağının ölümünden sonra ödeme yaptığında da, hüküm yine böyledir. Çünkü alacak, bu kişiden ölümünden önce istenebildiği gibi ölümünden sonra da istenebilir.

Müfâvada ortaklarından kefil olmayan kişi, borcun süresi dolmadan önce ölürse Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, borcun vâdesi onun açısından dolmuş sayılır. Borç peşin duruma gelir. Yaşayan kişi açısından ise henüz dolmamıştır. Bu vâde, her ikisi için de geçerlidir. Ancak ölen kişinin artık vâdeye ihtiyacı kalmamıştır. Yaşayanın ihtiyacı ise devam etmektedir. Vâdenin devam etmesi, ölen kişiye yarar getirmez. Aksine vâdeden zarar da görebilir. Çünkü terekeye mirasçının eli uzanacak, mülkiyet mirasçıya geçecektir. Hayatta kalan kişiye ise vâdenin yararı vardır. Dolayısıyla vâde, ölen kimse için değil, hayatta kalan için devam eder. Ortaklardan birinin ölümünden sonra, ölü açısından vâdenin dolmuş sayılması, diğer ortağı açısından vâdenin dolmasını, borcun peşin (muaccel) duruma gelmesini gerektirmez. Çünkü bu kişinin ölümüyle, artık ortaklık sona ermiştir.

İnan veya mudârebe ortaklarından birisinin kefil olması

İnan veya emek-sermaye ortaklığına (mudârebe) gelince, bu tür ortaklardan birisi bir başkasını mahkemeye getirmeye veya borcuna kefil olursa, ortağı bu kefillikten dolayı herhangi bir sorumluluk taşımaz. Çünkü kefil olan kişiyle aralarındaki ortaklık akdi, ticarete yönelik vekillik içerir, kefillik içermez. Ortaklardan biri ortaklık dışı bir nedenle borçlanmışsa diğer ortak, bu borç konusunda üçüncü kişi gibidir. Kendisinden herhangi bir şey istenemez.

Bir kimsenin başka birinde, aralarında yaptıkları selem akdi nedeniyle buğday alacağı olsa, bu borca da birisi kefil olmuş ve buğdayı ödese, daha sonra da kendisine kefil olduğu kişiyle peşin olarak dirhem, eşya türü bir şey veya standart (mislî) bir mal karşılığı sulh anlaşması yapsa, yapılan bu anlaşma geçerlidir. Çünkü kefilin asıldan istediği şey, selem sayılabilecek bir şey değildir.

Selem; selem akdiyle (para peşin mal veresiye) üstlenilen mal borcunun adıdır. Kefil, kefillik akdiyle, asıldan selem akdiyle borçlanılmış olan şeyi alacaklı duruma geçer. Onun bu yaptığı, selem akdinin dışında başka bir akittir. Görmez misin sarf bedeline veya selem akdinde verilmesi gereken paraya (ra'su'l-male) kefil olsa ve akit meclisinde bu parayı ödese, ödediği parayı almak için, asıl borçluya başvurmadan meclisten ayrılsa, yapılan akit geçerlidir. Çünkü kefilin başvurarak asıl borçludan aldığı şey, borcun bedelidir. Kefil, yapılan kefillik sözleşmesiyle, [20/67] üstlenilmiş olan borcun istenilmesi konusunda kendisini asıl borçlu adına borca sokmuştur. Daha sonra da ödeme yaparak malını ödünç vermiştir. Kendisine başvurduğu bu borcun bedelidir. Borcun bedelinde yapılacak değişiklik ise geçerlidir.

Yukarıda anılan şeyler, eğer peşin değil de vâdeli ise, anlaşma geçersizdir. Ancak buğdayla yapılacak anlaşma geçerli sayılır. Çünkü bu durumda borç, yine borçlanılan şeyle ödenmiş olur.

Şayet onunla vâdeli olarak bir kür buğdaya anlaşmışsa yapılan anlaşma geçerlidir. Çünkü bu anlaşma karşılıklı bedel verme anlaşması değil, başvurulacak malın aynısının vâdelendirilmesi (istenmesinin geciktirilmesi)dir.

Eğer "Böyle bir anlaşma borç vermeye benzer. Borç akdinde vâde bağlayıcı değildir." sözünüz nereye gitti denilirse şöyle deriz: Evet bu borç hükmündedir. Ancak gerçekte borç değildir. Aksine geleceğe yönelik kefillik akdidir. Vâde iğreti almada bağlayıcı olmadığı gibi, ödünç parada da geçerli değildir. Bu durum kefillik akdiyle ödenmesi gereken parada yoktur. Bu yüzden de kefillik borcundaki vâde geçerlidir.

Kefil, ödeme yapmadan önce asıl borçluyla sulh anlaşması yaparsa, yaptığı anlaşma geçerlidir. Çünkü kefillik akdinin yapılmasıyla birlikte, nasıl alacaklı kefilden alacaklı oluyorsa, kefil de asıl borçludan alacaklı duruma geçer. Ancak asılın kefile olan borcu, kefil onun adına ödeme yapıncaya kadar vâdelidir. Vâdeli olan bir borç için vâdesi dolmadan önce yapılan sulh geçerlidir.

Anlaşmadan sonra buğdayı alacaklıya asıl borçlu öderse, anılan bütün bu durumlarda ödediği buğdayın dengi kadar buğday almak için kefile başvurur.

Ancak bu konuda bir farklılık vardır. O da şudur: Eğer kefil, alacaklıyla gerçek borç miktarından daha az miktarda buğday karşılığı anlaşmışsa, sadece ödediği kadar buğdayı almak için asıla başvurabilir. Çünkü böyle bir anlaşmayla alacaklı, bir kısım alacağından vazgeçmiş, bir kısmını almıştır. Dolayısıyla kefil, ancak ödediği kadarını almak için başvurabilir. Yapılan sulh anlaşması, bunun dışında kalan borç konusunda karşılıklı bedel vermek sayılır. Kefil, bedel olarak aldığı şeyle, buğday borcunun bütününü almış gibidir. Çünkü buğdayı, alacaklıya onun adına ödemek için almıştır. Bunu yapmadığına göre asıl borçlu, buğdayı kendisinden gerçekten almış gibi, kefile başvurarak ondan, aldığını geri isteyebilir.

Eğer kefil, henüz ödeme yapmadan asıl borçludan buğdayı alır, ödemeyi daha sonra yaparsa, bu gecikme geçerlidir. Çünkü kefil, daha ödemeyi yapmadan kefillik akdiyle, kefil olduğu kişiden alacaklı duruma geçmiştir. Bir borcun, borçlanma kesinleştikten sonra belli bir süre ertelenmesi geçerlidir. Çünkü kefillik yoluyla borç ona, ödemeden önce sabit olmuştur. Borcun sabit oluşundan sonra vâdelendirilmesi de doğrudur.

Eğer kefil, asıl borçluyla dirhem cinsinden para üzerine anlaşma yapmış, daha sonra da paranın teslim etme ve teslim alması (tesellümü) gerçekleşmeden birbirlerinden ayrılmışlarsa, yapılan anlaşma geçersizdir. Çünkü alacaklı duruma geldiği buğday, asıl borçlu tarafından ona ödenmesi gereken standart (mislî) bir borçtur. Bu borç karşılığı, parayla sulh yapınca, bu akit de borcu borç karşılığında satma olur. Bu tür borç akitlerinde, akit meclisinden sonra geçen süreler, geçerli kabul edilemez. Gümüş paralar, teslim alınmadığı sürece belirtilmekle, belirlenmiş sayılamaz. Buğday dışındaki ölçülen ve tartılan maddelerden, peşin olmayan bir miktarla sulh yapıldığında, hüküm yine böyledir. (Yani akdin konusu anılarak belirlenmiş olmadığından akit geçerli değildir.)

Yarım kür buğday karşılığı, belli bir süreyle yapılan sulh anlaşması geçerlidir. Çünkü bu şekilde yapılan bir sulh da sulh yapılan mal, borca bedel sayılamaz. Ondan yarım kür buğday alacağını düşmüş, anlaştığı yarı için de süre vermiş sayılır. Böyle bir anlaşma geçerli, doğru bir anlaşmadır.

Allah daha iyi bilir.

VÂDELİ KEFİLLİK VE HAVALE

Vâdeli bir borca, daha az veya daha uzun bir vâde ile kefil olmak

Bir kimsenin bir başkasındaki belirli bir zamana kadar vâdeli olan alacağına, aynı süreyle veya daha kısa ya da daha uzun bir süreyle olan kefillik, belirlendiği şekilde geçerlidir.

Ancak kefil, kefillik akdi sırasında herhangi bir süre belirlememişse, bu borçtan borcun vâdesi dolduğunda sorumludur.

[20/68]

Çünkü kefil, kefillik akdiyle asıl borçlunun yükümlü olduğu borcun kendisinden istenilebilmesi sorumluluğunu üstlenmiştir. Bu borç, esasen asıl borçludan vâde dolduktan sonra istenmesi gereken bir borçtur. Vaktin dolmasıyla borç asıldan istenebildiği gibi, kefilden de istenebilir.

Aynı vâde ile kefil olmuşsa, bu durumda mutlak (kayıtsız) bir kefillik akdinin gerektirdiği şeyi söylemiştir. Bir akdin zaten gerektirdiği bir şeyi söylemek, o akdi sağlamlaştırmaktan öte bir fazlalık getirmez. Ancak, bu zamandan daha kısa bir süre için kefil olmuşsa, bu da geçerlidir. Çünkü böyle bir borca, peşin ödeme yapmak koşuluyla kefil olsaydı, borcu hemen ödemesi gerekirdi. Çünkü asıl borçlu, eğer önceden konulmuş olan vâdeyi düşürürse, borcu hemen ödemesi gerekir.

Kefil için de hüküm böyledir. Onun, peşin ödeme koşuluyla kefil olması, vâdeyi düşürmek gibidir. Vâdenin tamamından vazgeçmek (peşin ödemeye döndürmek) geçerli olduğuna göre, vâdenin bir kısmını indirmek de geçerlidir.

Eğer borcun vâdesinden daha uzun bir süre belirleyerek kefil olmuşsa, bu kefilliğin geçerli olmasının nedeni şudur: Bir kimse, asıl borçlunun peşin ödemek zorunda olduğu bir borca, belli bir vâde belirterek kefil olursa, bu kefillik geçerlidir. Bu borç, kefilden ancak süre dolduktan sonra istenebilir. Asıl borçlunun hakkı olan süreden daha uzun bir süre belirlenerek yapılan kefillik akdinde de, hüküm böyledir.

Peşin borca vâdeli kefillik

Şayet asıl borç peşin ise; alacaklı, borçludan bir yıl sonrası için kefil ister, o da kefil gösterirse, bu kefillik geçerlidir. Bu geciktirme her ikisi için de geçerlidir. Çünkü alacaklı, bu vâdeyi asıl borca dayandırmıştır. Asıl borç da, borçlunun zimmetinde sabittir. Dolayısıyla vâde de borçlunun zimmet sorumluluğu için geçerlilik kazanır. Daha sonra da asıl hakkında geçerli olduğu için kefil hakkında da geçerli duruma gelir.

Bu durum, kefilin bir yıl vâde vererek kefil olmasından farklıdır. Çünkü burada vâde, asıl borca dayandırılmamış, kefil olan kişinin kefillik akdiyle üstlendiği borcun gerektiğinde kendisinden istenmesine dayandırılmıştır. Dolayısıyla borcun aslı, vâdesiz olarak asıl borçlunun üzerinde kalmaya devam eder.

Şayet kefil, vâde dolduktan sonra borçlunun ödemesini belirli bir süreye ertelemişse, bu erteleme alacaklı olandan değil kefilden olmuştur. Çünkü bu gecikme, asıl borçlunun ödemek zorunda olduğu bir borcun kefillik yoluyla geciktirilmesine dayandırılmıştır. Bu durumda kefilin sorumlu olduğu borç, sanki alacaklıya olan başka bir borç hükmündedir. Ayrıca bu geciktirme, kefil tarafından borcun kendisinden istenme hakkının belli bir süre düşürülmesi işlemidir. Böyle bir işlem, kendisi için geçerliyse de, alacaklı açısından geçersizdir. Görmez misin kefil, asıl borçlu ile kumaş karşılığı anlaşma yapsaydı veya borcun bir kısmından ibra edilseydi, bu anlaşma ve ibra, alacaklı açısından değil, kefille ilgili olarak geçerli sayılırdı. Belirlenen süre dolmadıkça kefil, asıl borçluya başvuramaz. Nitekim, ödemeyi yaptıktan sonra borçluya süre tanıdığında da ona başvuramaz.

Borcun vâdesi, hem kefil hem de borçlu için dolduktan sonra, eğer alacaklı, asıl borçluya bir yıl daha süre tanırsa; bu süre, her ikisi için de geçerlidir. Eğer bir yıl süreyi kefile tanımışsa, alacağını asıl borçludan peşin alma hakkına sahiptir. Bu konuda süre tanınması, ibraya kıyas edilir. Bilindiği gibi; kefilin ibrası, asıl borçlunun ibrasını gerektirmez. Asıl borçlunun borçtan ibrası ise, kefili de borcun sorumluluğundan kurtarır. Borcun geciktirilmesinde de hüküm böyledir.

Alacaklı borcu erteledikten sonra kefil, vâde dolmadan borcu öderse, vâde dolmadan borçluya başvuramaz. Çünkü kefilin konulan süreyi düşürmesi,

kendisiyle alacaklı arasında geçerlidir. Bu konuda onun borçluya karşı dâvası, geçerli değildir.

Eğer bir yıl vâde kefil için tanınmış, kefil de bu süre dolmadan borcu ödemişse, ödediği malı almak için hemen asıl borçluya başvurabilir. Çünkü borç, asıl borçlu açısından peşindir. Görmez misin alacaklı, bu parayı ondan peşin olarak isteme hakkına sahiptir. Kefil de ödemeyi yaptıktan sonra parayı ondan peşin olarak isteyebilir. Bu konu öncekinden farklıdır.

[20/69]

Ödünç alınan vâdeli borca kefil olmak

Ödünç alınan paraya, belli bir süreye kadar kefil olmak geçerlidir. Çünkü ödünç paranın bedeli ödenir. Ödenmesinde nâiblik (başkasının yerine geçmek) geçerlidir. (Ödeme bir başkası tarafından da yapılabilir.) Dolayısıyla böyle bir borca kefillik de geçerlidir. Kefil, bu sorumluluğu, vâdeli olarak üstlenmiştir. Kefil olunan kişi ise, bu borcu peşin ödemekle yükümlüdür. Önceden de açıklandığı gibi; kefil, kefillik akdiyle borcun kendisinden istenmesini üstlenmiştir. Bu da geciktirmek için yapılan bir anlaşmayla, gecikmeyi kabul eder.

Borçluya borcun vâdesini uzatmanın kefil için de uzatma olması

Bir kimse, birisinin borcuna kefil olur, daha sonra bir başkası da bu kefile kefil olursa ve alacaklı, asıl borçlunun borcunu bir yıl geciktirirse (vâde verirse) bu geciktirme, her iki kefil açısından da geçerli sayılır. Çünkü borcun aslı, asıl borçlunun zimmetindedir. Borç, asıl borçlunun zimmetinde vâdeli olduğuna göre; bu vâde, ona dayandırılan kefillikler için de geçerlidir. Görmez misin asıl borçlu, bu borçtan ibra edilseydi, her iki kefil de sorumluluktan kurtulurdu.

Zincirleme kefillikte birinci kefil için vâdenin uzatılması

Şayet birinci kefil için süre tanınırsa; bu süre, hem onun için hem de diğer kefil için geçerlidir. Bu borç, ibraya kıyasla asıl üzerinde vâdesiz bir borç olmaya devam eder. Hüküm böyledir; çünkü ikinci kefilin üstlendiği borcun ondan istenilme hakkı, bu borcun birinci kefilden istenilme hakkına dayandırılmıştır. Birinci kefil için geçerli olan bir vâde, ikincisi için de geçerlidir. Ama bu vâde, asıl borçlu için geçerli değildir.

Bir kimse, birisinin bin dirhem borcuna bir yıl vâdeyle kefil olsa, daha sonra kefil, henüz vâde dolmadan alacaklıya bu para karşılığında köle satsa ve teslim etse; satılan bu köle de, mülkiyet iddiası (istihkak dâvası) ile bir başkası tarafından hak edilerek geri alınsa, kefilin bu borçtan sorumluluğu, daha önceden belirlenen vâdeye göredir. Bu durum, yapılan işlemin alacaklı ile asıl borçlu arasında olmasına benzer. Çünkü vâde, akdin hükmüne bağlı olarak düşmüştür. Yapılan akit de, kölenin başkası tarafından hak edilerek alınmasıyla temelden bozulmuştur. Dolayısıyla, bu borcu vâdesinde ödemesi gerekir.

Alıcı, bir kusurundan dolayı hakim kararıyla köleyi geri verdiğinde de hüküm yine böyledir. Çünkü kusurlu bir malın hakim kararıyla geri verilmesi, akdi temelden bozma sayılır. Eğer hakim kararı olmadan geri vermiş ve geri verirken de borç için bir vâde belirtmemişse, borç kefil açısından vâdesizdir. Çünkü böyle bir geri verme, ikâle (karşılıklı rıza ile akit bozma) sayılır. İkâle de, yeni bir akit

hükmündedir. Çünkü ikâle, karşılıklı rızaya dayanır. Ancak bu geri verme, akdi yapan iki kişi açısından, yaptıkları akdin hükümleri bakımından bir akit bozma sayılır. Vâde ise, bu hükümler arasında yer almaz. Bu vâdenin hükmü, yeni baştan yapılmış bir akdin hükmü gibidir. Dolayısıyla akit bedeli olan maldaki vâde, ancak yeni yapılan bir akitte ve akdin yapılışı sırasında koşul konulmakla geçerli olur.

Şayet kefil, vâdeli bir borcu peşin ve az karışımlı gümüş para (nebehrece) diye öder, ancak paranın, daha fazla karışımlı (suttûka-kalp) para olduğu ortaya çıkarsa; alacaklı da bu parayı kabul etmeyip geri verirse, bu borcu yine vâdesinde ödemesi gerekir. Çünkü bu durumda alacaklı, alacağını teslim almamıştır. Vâdenin düşmesi de, parasını teslim alışının gereği olan bir hükümdür. Parayı teslim almadığına göre, bu borç yine vâdeli olarak borçlunun üzerinde kalmaktadır.

Eğer para, kalitesiz sayılacak derecede karışımlı (züyûf) bir para ise, onu ister hakim kararıyla geri vermiş olsun, isterse hakim kararına ihtiyaç duymadan geri versin, hüküm yine böyledir. Çünkü paranın aşırı karışımlı oluş kusuruyla geri verilmesi, teslim almanın temelden geçersiz sayılışıdır. Karşı tarafın hazır bulunmasına ihtiyaç duyulmadan tek taraflı olarak bu geri vermeyi yapabilmesi de, bunu gösterir. Bu durumda o, akdin gereği olarak borçluya başvurur. Bir akit de, parayı iki kere teslimi gerektirmez.

Şayet parayı teslim alma temelden bozulmamış olsa, akdin bir gereği olarak başvuramazdı. Çünkü aşırı derecede fazla karışımlı para, borç olan (kaliteli) paradan tamamen farklı bir paradır. Teslim aldığı para, ancak karşı tarafa göstereceği hoşgörü, indirim ve hakkın bir kısmından vazgeçme yoluyla olabilir. Kişi hakkından bütünüyle vazgeçmediğine ve parayı geri verdiğine göre; teslim aldığı paranın, kendi hakkı olan para olmadığı ortaya çıkar. Vâdenin düşüşü ise, onun hakkı olan parayı teslim alışına bağlıydı. Bu teslim alış olmadığına göre, vâde hukukî varlığını korur.

[20/70]

Şayet parayı kendisine verirken bu paranın kalitesiz para (züyûf) olduğunu söylerse bu teslim etme ve teslim alma geçerlidir. Çünkü bu durumda alacaklı hakkından daha azına razı olarak karşı tarafa hoşgörülü davranmıştır. Kefil, bilerek teslim aldığı bu parayla hakkını almış sayılır. Bu şekildeki teslim, vâdenin, paranın niteliği (kalitesi) ile değiştirilmesi sayılamaz. Çünkü böyle bir ödeme, aralarında daha önceden koşul konulmuş bir ödeme şekli değildir. Değiştirme, ancak koşul konulduğunda mümkündür.

Kefilin borcu havale etmesi

Kefil, böyle bir parayla ödeme yapsa bile, asıl borçluya başvurarak, ondan niteliği iyi, karışımı az para alabilir. Çünkü kefillik akdiyle, asıl borçludan bu kalitedeki gümüş para alma hakkı elde etmiştir. Asıl alacaklı, kefilin kendisine böyle bir kolaylık göstermiştir.

Eğer kefil, alacaklıyı bu borç için bir başkasına vâdeli veya peşin olarak havale etmiş, havale edilen kişi de iflas etmiş olarak ölmüşse; bu borç, kefile eski vâdesiyle

döner. Çünkü havale akdi önceden de açıklandığı gibi havale edilen kişinin ölmesiyle bozulur. Havale akdinden önceki hüküm yeniden geri döner. Bu borç önceden de vâdeli bir borçtu.

Birisinin bin dirhem borcuna kefil olan iki kişinin her biri diğer arkadaşına da kefil ise, onlardan birisinin bu borçtan sorumluluğu bir yıl, diğerinin sorumluluğu da iki yıl ise bu kefillikler geçerlidir. Çünkü bu koşul hadiste geçen koşula uygundur. Bir hadiste;

الشَّرْطُ أَمْلَكُ

"Koşul, gerçekleşmesini ümit ettiğin şeydir/en yetkili şeydir."[22] buyurulur. Yani mümkünse konulan koşulu yerine getirmek, gerçekleştirmek gerekir. Burada da koşulun gerçekleştirilmesi mümkündür. Daha önceden de açıklandığı gibi; her kefilin sorumluluğu, vâdenin hükmü açısından diğerinin sorumluluğundan ayrıdır. Bir yıl vâdeli olan kişinin vâdesi dolmuşsa, bunu ödeyen kefil, asıl borçluya başvurur. Çünkü onun üzerindeki borç sorumluluğu, artık peşinlik kazanmıştır. Bu kefil de, asıl borçlunun isteğiyle kefil olmuş ve ödemeyi de yapmıştır.

Diğer kefile ise, bir yıl daha geçmeden başvuramaz. Çünkü onun kefillik sorumluluğu, iki yıl vâdeliydi. Birinci kefile karşı ise bir yıl vâdelidir. Nitekim alacaklı, bu kişiden alacağını iki yıl dolmadan isteyemez. Kefillik nedeniyle ödeme yapan ilk kefil de bu iki yıl dolmadan ondan herhangi bir şey isteyemez.

Eğer asıl borçlu, borç karşılığı alacaklıya bir köle satar ve köleyi kendisine teslim ederse, asıl borçlu borçtan kurtulduğu için, kefil de kefillik sorumluluğundan kurtulur.

Eğer alacaklı, hakim kararı olmadan kusur nedeniyle köleyi geri verirse, kefil yeniden bu borçtan sorumlu olmaz. Çünkü onun açısından bu geri verme, yeni bir akit hükmündedir. Eğer hakim kararıyla geri verirse veya köle alacaklının elinden mülkiyet iddiası (istihkak dâvası) sonucu alınırsa, kefilin ya da kefillerin, borçtan sorumluluğu da geri döner. Çünkü akit, bu nedenle herkes açısından temelden bozulur. Durum, yeniden akit yapılmadan önceki duruma döner. Akit yapılmadan önce, bu borçtan hem asıl borçlu hem de kefil sorumluydu.

Bir kimsenin, bir başkasında vâdesiz veya bir yıl vâdeli alacağı olur, borçlu da alacaklıyı birisine yine bir yıl vâdeli olarak havale eder (alacağı devreder) sonra da havaleyi yapan kişi ölürse; kendisine havale edilen kişinin üzerindeki borç, vâdeli olmaya devam eder. Çünkü havale akdiyle asıl borç, havale edilenin zimmetine geçmiş ve vâde onun lehine bir hak olarak kesinlik kazanmıştır. Kendisine havale yapılan bu kişi, hayattadır. Vâdeye de ihtiyacı vardır. Havaleyi yapan kişi ölse de, karşı taraf açısından vâde devam eder.

---

[22] Abdurrezzak, *Musannef*, VI/226; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/315.

Eğer kendisine havale yapılan kişi ölürse, üzerindeki borç vâdesiz duruma gelir. Çünkü ölümüyle birlikte, artık vâdeye ihtiyacı kalmamıştır. Şayet ölen kişi, geride bu borca yetecek para bırakmamışsa, borç yeniden havale eden kişiye döner. Eğer borç vâdeli ise, bu vâde doluncaya kadar vâde geçerlidir. Eğer vâdeli değilse, borç yine vâdesiz sayılır. Çünkü bir havale akdi, kendisine havale yapılan kişinin iflas etmiş olarak ölümüyle bozulur. Havale yapılmadan önceki hükmü ne ise, yeniden o hükmü kazanır.

Borçlunun alacaklısını kendi borçlusuna havale etmesi

Bir kimsenin, bir başkasında ödünç para vermeye (karz akdine) dayalı bin dirhem alacağı varsa, borçlusunun da bir başkasında aynı şekilde bin dirhem alacağı varsa ve alacaklısını bu bin dirhem borç için borçlusuna bir yıllık vâdeyle havale etse; yapılan havale, geçerlidir. Ona olan borç, bir yıl vâdelidir. Çünkü alacaklıya olan borç, havale edilen kişi de havale akdiyle vâdeli olarak sabit olmuştur. Alacağın temliki yoluyla üstlenilen bir borç, vâde koşulunun geçerliliği açısından kefillik akdiyle üstlenilen bir borç gibidir. **[20/71]**

Böyle bir havaleden sonra, havaleyi yapan kişi, kendisine havale yaptığı kişiden bin dirhem alacağını alamaz. Çünkü havale akdinden önce bu mal, kendisine ödenmek zorundaydı. Ancak bu havaleyle, alacaklının hakkına bağlı duruma gelmiştir. Artık verilmesi gereken bu borç, havale yapılan kişinin elinde eşya cinsinden belirli bir mal olsa bile, onu alma yolu kapanmıştır. Zimmetine bağlı bir borç olduğunda da, hüküm yine böyledir.

Şayet havale yapan kişi, borçluyu borçtan kurtarsa (ibra etse) veya alacağını ona bağışlasa bu ibra ve bağış geçerli değildir. Çünkü artık bu paraya, alacaklının hakkı bağlanmıştır. Bu hak, havale yapan kişinin o alacakta herhangi bir işlem yapmasına engeldir. Eğer onun yapacağı işlem, geçerli olacak olsa, alacaklının, havale edilen kişideki hakkı, yitirilmiş olacaktır. Çünkü havale yapılan kişi, ödemeyi mutlak anlamda üstlenmemiştir. Aksine bu borca bağlı olarak üstlenmiştir. Eğer bu borç, ibra veya bağış yoluyla düşecek olsa, alacaklının bu kişiden herhangi bir şey isteme hakkı kalmayacaktır. Görmez misin bir havale akdi, kendisine havale yapılan kişinin elindeki bir emanetle sınırlı olsa ve bu emanet telefe uğrasaydı, yapılan havale akdi sona ererdi.

Havale yapan kişi borçlu olarak ölürse, bu durumda lehine havale edilen kişi, hayatta iken ondan bir şey almışsa, aldığı kendisinindir. Kalan alacaklarında, o da diğer alacaklılar gibidir.

Züfer (rh.a.)'e göre, havale edilen bu kişi, diğer alacaklılardan daha önceliklidir. Çünkü onun alacağı olan mal, rehin gösterilen mal hükmündedir. Yazdırdığımız *ez-Ziyâdât* şerhinde bu konunun açıklaması daha önce anılmıştır.

Havale yapanın, kendisine havale yapılandan önce borcunu ödemesi

Bir kimse, birisine bin dirhem borç için üçüncü bir kişiye bir yıl vâdeli olarak havale etse, daha sonra kendisine havale edilen kişi de vâdeden vazgeçerek bu borcu vâdesiz duruma getirse, bu geçerlidir. Çünkü sonuçta vâde, onun hakkıdır.

Onun düşürmesiyle de düşer. Nitekim asıl borçlu havaleden önce bu vâdeyi düşürseydi, o zaman da düşerdi.

Eğer havale edilen kişi, böyle bir borcu zamanı dolmadan öderse, vâde dolmadığı sürece kendisine havalede bulunan kişiye başvuramaz. Çünkü vâdeyi düşürmek, havale eden kişi açısından değil kendi açısından geçerlidir.

Şayet havale eden kişinin, kendisine havalede bulunduğu kişide alacağı varsa ve sonra borcu, havaleyi yapan kişi kendi parasından öderse; ödediğini almak için kendisine havale yaptığı kişiye başvurabilir. Böyle bir ödeme, karşılık beklemeden yapılacak bir ödeme sayılamaz. Çünkü onun kendisine havale yaptığı kişideki alacağının aslı, devam etmektedir. Ancak bu parayı, havale ettiği alacaklısının hakkıyla bağlantılı duruma geldiği için, borçludan isteyemiyordu. Kendisi, borcu ödeyip, alacağının bu bağı ve uğraşı ortadan kalkınca, alacağını almak için, kendisine havalede bulunduğu bu kişiye başvurabilir. Yaptığı ödemeyi, bağış niteliğinde yapmış sayılamaz. Çünkü yaptığı bu ödemeyle, kendi zimmetini alacaklıların hakkından kurtarmak istemiştir. Başkasının onun yerine ödeme yapması, bundan farklıdır. Böyle bir kişi, yaptığı bu ödemeyi bağış olarak yapmış sayılır. Çünkü bu şekilde ödemeyi kişi, kendini böyle bir yükümlülükten kurtarma niyetiyle yapmamıştır.

Böyle bir kimse, rehin gösterdiği bir malı, birisine ödünç veren ve borcunu ödeyen bir kimseye benzer. O da, bağışta bulunmuş sayılmaz. Eğer böyle bir ödemeyi başkası yapsaydı, yaptığı ödeme bağış sayılırdı.

Şayet ödeme yapan kişi, kendiliğinden karşılıksız ödeme yapmış sayılsaydı, üzerindeki borç kendisinin olurdu. Alacaklıya olan borç, kendisinin ödeme yapmasıyla düştüğü gibi, bağış yapanın ibrasıyla da düşerdi.

Babanın veya vasînin küçük çocuğun alacağını havale etmeleri

Bir kimse, küçük yaştaki çocuğunun bir kimseden alacağını bir başkasına havale ederse (borcun naklinde bulunursa), bu havale geçersizdir. Aynı şekilde vasînin yapacağı böyle bir havale de yine geçersiz sayılır. Çünkü havale akdi, asıl borçluyu ibra sayılır. Baba ve vasî, küçük yaştaki bir çocuğun alacağını konusunda ibra yetkisine sahip değildirler.

Vekilin havale yapması

Şayet kendisini vekil atayan kişi, vekil atadığı kimseye borcu havale kabul etme yetkisi vermemişse, vekil de böyle bir alacağın devrinde bulunamaz, havale yapamaz. Buradaki vekilden kasıt, alacağı teslim almak için vekil atanan kişidir. Çünkü böyle bir vekillik, hakkı teslim almak için geçerlidir. Havaleyi kabul etmek, hakkı teslim almak değil, asıl borçluyu borçtan kurtarma (ibra) sayılır.

[20/72]

Akit yapmaya vekil edilen kişiye gelince; o, birisini bir başkasına vâdeli olarak havale eder, kendisine havale ettiği kişi de bu borcu yine aynı vâdeyle veya daha az veya çok vâdeli olarak havale ederse; asıl alacaklı, bu parayı teslim almadıkça, kendisi ona başvuramaz. Çünkü havale akdiyle alacaklı, herhangi bir şey teslim almış sayılmaz. Borç, her an asıl borçluya dönme olasılığına açıktır. Çünkü

kendisine havale yapılan her iki kişinin de iflas etmiş olarak ölmesiyle, her iki havale de bozulabilir.

Kendisine havale yapılan kişinin borcu ödemeden ölmesi

Bir kimse, borcunu almak üzere bir başkasını üçüncü bir kişiye vâdeli olarak havale (borcun nakli) ederse, havale edilen kişi daha sonra ölerek geride bu borcu ödemeye yetecek mal ve kendine ait borç bırakır, alacaklılar da alacaklarını isterlerse, terekenin paylaşımı vâdenin dolmasından sonraya geciktirilir. Bu sırada alacaklı, asıl borçluya başvuramaz. Sonucun ne olacağını, kendine ne düşeceğini bekler. Havale akdi, havale edilen kişinin geride yeterli mal bırakarak ölmesiyle de geçerliliğini korur. Çünkü borçların ödenmesi için geride mal bırakmıştır. Havale, geçerliliğini koruduğu sürece alacaklı, havaleyi yapana başvuramaz.

Allahu Subhanehû ve Teâlâ doğruyu daha iyi bilir.

BİR BAŞKASINA KEFİL OLMAYI EMRETME

Birisine kefil olmasını emreden kişinin sorumluluğu

Bir kimse, ortağı olmayan bir kişiye, birisinin bin dirhem tutarındaki borcuna kefil olmasını emretse, o da kefil olsa, kefillik akdi geçerlidir. Alacaklı, alacağını ondan isteyebilir. Çünkü bu borcu üstlenmiştir. Kendisi kefil olma ehliyetine sahip bir kimsedir. Kefil olduğu borç, onun zimmetine bağlı bir borç değildir. Ancak bu parayı ödemek zorundadır. Bu parayı verirse, ödediği para için kendisine emir veren kişiye başvuramaz Çünkü bu ödemeyi kendi adına yapması için ona emir vermemiştir. Kefil de, bu paranın kendisine ödenme güvencesi istememiş, böyle bir koşul koymamıştır.

Bu görüş, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'in görüşü olduğu gibi, Ebû Yusuf (rh.a.)'un da ilk görüşüdür.

Ebû Yusuf (rh.a.), daha sonra bu görüşünden dönerek; "kendisine, ödemede bulunmasını emreden kişiye başvurabilir," demiştir. Çünkü ondan kefil olmasını isteyişi, bu malın kendi borcu olduğunu itiraf gibidir. O, bu paranın kendisinden istenebilme sorumluluğunu üstlenmiştir. Malın ödenmesiyle, bu isteme hakkı düşer.

Bu konu, daha önce de açıklanmıştı. Buradaki, önceden anılan bir meseleyi tekrar değil, incelenmeyen bir yönünü yeniden incelemek için anılmıştır.

Eğer kefil; "ben, senin birisindeki alacağına kefil olmadım. Sana ne benim ne de başkasının borcu olan bir para ödemesi yaptım," derse; alacaklı, herhangi bir şeyle yükümlü tutulmaz. Kendisinden bu malın nereden ve nasıl geldiğinin açıklaması istenmez. Ancak kefil, kendi ikrarına veya alacaklının kefil olduğuna dair getireceği delile dayanarak kefillikten sorumlu tutulur. Kefil, hiç kimseye başvuramayacak bir şekilde kefil olmakla, kendi hakkının yitirilmesine kendisi neden olmuştur. Çünkü hukukî sözleşmeler, genel de geçerli sayılır. Kefil, açık bir şekilde bu kefilliği üstlenmiştir. Geçerli olan bir kefillik akdinde, kefil, asıl

üzerindeki bir borcun kendisinden istenmesini üstlenir. Kendisi söylediği sözle, bunu ikrar etmiş; daha sonra söylediği ikinci sözle de, önceki ikrarından dönmüş sayılır. Dolayısıyla, başkasına başvurması geçersizdir. Yaptığı ikrar, her ne kadar başkası aleyhine delil olmasa da, kendi aleyhine delildir.

Bu durum, şuna benzer: Kefil; "filanın, filandan bin dirhem alacağı vardır; ben o kişinin bu borcuna kendi isteğiyle kefilim" demiş, asıl borçlu da onun bütün bu söylediklerini inkâr etmiştir. Böyle bir durumda, ikrarda bulunan kişiden kefil olduğu borç istenir. Kefil, böyle bir borcu ödediğinde, hiç kimseye başvuramaz.

Bir kimse, bir başkasına "filan için bin dirheme kefil ol" der, o da kefil olursa veya "filanı bin dirhem borç için sana havale ediyorum," der, bir başkası da; "ona bin dirhemlik bir borç için havale yapmıştır," diyerek bu havaleye tanıklık ederse; kefil, bu borcu üstlenmek zorundadır. **[20/73]**

Çünkü kefilliği ve havaleyi üstlenmeyi gerektiren nedeni, bizzat kendisi gerçekleştirmiştir. Kendisine kefilliği veya havaleyi emreden kişiye bir sorumluluk yoktur. Çünkü o, kefil olmasını emretmiştir. Ona kefil olmasını emretmesi veya havalede bulunması, bu borcun kendi borcu olmasını gerektirmez. Çünkü kefillik ve havale akdini gerçekleştiren kişinin üstlendiği kefillik ve havale, kendisine emir veren kişinin, falana olan borcuna yönelik olabileceği gibi, başkasının o kimseye olan borcuna da yönelik olabilir. Kendisine emir veren kişi, asıl borçlunun kendisine gönderdiği elçi olabileceği gibi, bu emri kendisine veren üçüncü bir kişi de olabilir. Olasılıklı olan bir şeye dayanarak borç sabit olamaz.

Emri veren kişi normal köle, özgür olma anlaşması yapmış köle veya çocuk olduğunda da hüküm yine böyledir.

Eğer kendisine emir verilen kişi, ticaretle uğraşan aklı eren (mümeyyiz) bir çocuksa, bu kefillikten sorumlu değildir. Çünkü o, kefillik üstlenmeye ehil değildir. Borcun, kendisine emir veren kişinin borcu olmasıyla, başkasının borcu olması arasında bir fark yoktur.

Kefil olması istenilen kişinin dinden çıkması

Şayet kendisine emir verilen kişi, dinden çıkmış bir kimse ise ve sonradan yeniden İslâma dönerse, verdiği kefillikten sorumlu tutulur. Eğer dinden çıkmış olarak öldürülürse, vermiş olduğu kefillik, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, diğer işlemleri gibi geçersizdir. Şayet düşman ülkeye sığınırsa, bu, onun hükmen ölümü sayılır. Ancak, böyle bir durumda güvence alarak yeniden İslâm ülkesine dönerse, üstlendiği kefillikten sorumlu tutulur.

Muhammed (rh.a.)'in *el-Asl* kitabının bazı nüshalarında böyle nakledilmektedir. Ancak doğru olan "Müslüman olarak İslâm ülkesine geri dönerse" olmalıdır. Çünkü dinden çıkan bir kimseye güvence (eman) verilmez. Eğer eman alarak İslâm ülkesine girer ve Müslüman olmazsa, dinden çıkması yüzünden ölüm cezasına çarptırılır. Böyle olunca da, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre onun kefilliği geçersizdir.

Bir kimse, bir başkasına "filan kimsenin bendeki bin dirhem alacağına kefil ol!" veya "filan kimseyi bendeki bin dirhem alacağı için sana havale ettim", "filan kimseye kefil olarak bin dirhem öde! Bu parayı ben sana ödeyeceğim" veya "ödemeyi garanti ediyorum" ya da "bu paraya kefilim. Bu parayı sana ödeyeceğim", "onun adına ödeyeceğim" der; o da kefil olursa, bu kefillik geçerlidir. Kefil olan kişi, bu parayı ödediğinde kendisinden kefil olmasını isteyen kişiye başvurabilir.

Çünkü emri veren kişinin sözü, bu paranın alacaklıya kendi borcu olduğunu açıkça ifade etmektedir. Dolayısıyla söylediği söz, emir verilen kişinin kendi malından ödeyeceği şeyi zimmetinde yüklendiğini veya alacaklıya yaptığı ödemeyi karşılamayı üstlendiğini gösterir. Bu da ona, ödemeyi yaptığında kendisine emir veren kişiye başvurma hakkı verir.

Bir kimse samimi ve sık sık birlikte olduğu kişiye; "filan kişiye, kefil olarak bin dirhem ver!" der; o da, arkadaşının söylediği kişiye, bin dirhemi verirse; emri veren kişi, bin dirhem borcunun olduğunu ikrar etmiş sayılır. Kefil, bu borcu verdiğinde, ödediği parayı almak için emri veren kişiye başvurabilir. Bu istihsan metoduna göredir. Çünkü aralarındaki samimiyet, kendi borcuna kefil olmasını ondan açıkça istemeye yönelik bir sözün yerini tutar. İkisi arasındaki samimiyet ve dayanışma, bu tür amaçlar için vardır; onun borcunu öder, sonra döner, bu parayı ondan alır. Bu durum, "filan kimseye benim adıma ödeme yap!" demeye benzer.

Bizim Hanefî âlimlerimize göre; "samimi ve beraber olunan kişi (halît)"den kasıt, kendisinden rahatça mal alıp-verdiği, karşılıklı borçlanabildiği, yine rahatça yanında mal bıraktığı kişilerdir. Kendi ev halkından olanlar da halît yerindedir. Kendi bakımı altındaki ailesi arasında yer alan büyük yaştaki çocuğu da böyledir. Çünkü o, onun eliyle malını korur ve gözetir. Bunun içindir ki; yanında emanet bırakıldığında, bu emaneti ödemek zorunda değildir.

Bir oğul, babasından, bir baba, yaşça büyük olup kendi ailesi içinde yer alan oğlundan veya bir kadın, kocasından böyle bir şey isterse; onun hükmü de yine böyledir. Onlardan her biri, diğerinin malını korur, kollar ve gözetir. Bu durum da, aralarındaki samimiyet ve dayanışma gibidir.

[20/74]

Havale edenle, havale edilenin ihtilâfı

Bir kimse, bir başkasını, bin dirhem için, alacaklı olduğu birisine havale eder, o da bu parayı öderse; daha sonra havaleyi yapan kişi; "bu para benimdir," havale yapılan kişi de; "para benimdir," der ve dâvalaşırlarsa; geçerli söz, havaleyi yapan kişinin sözüdür.

Çünkü havale yapan kişinin, havaleyi yaptığı kişide alacağının olduğu bilinmektedir. Havale yapılan kişinin alacağının olduğu ise, bilinmemektedir. Böyle bir havale, olasılıklıdır: Havale edilen kişinin, bu parayı kendisine havale yapılan kişiden almak için, havaleyi yapanın vekili olması mümkün olduğu gibi, havale ettiği kişinin kendisindeki alacağını bu şekilde ödeyerek borcun kendisinden

istenmesini önlemeyi kastetmesi de mümkündür. Havale edilen kişi, şüpheli bir duruma dayanarak havale yapan kişiden alacaklı sayılamaz. Olasılıklı bir durumda, iki olasılıktan en yakın olan geçerli sayılır. En yakın olasılık da, havale edilen kişinin, parayı teslim almak için kendisine havale eden kişinin vekili oluşudur. Parayı aldığında, havaleyi yapan kişiden alacaklı olduğunu ispat edemezse, bu parayı havale eden kişiye teslim etmesi emredilir.

Şayet "benim sendeki alacağım olan bin dirhemimi ona kefil olarak öde!" veya "benim sendeki alacağım olan bin dirhemim karşılığı ona kefil ol!" dediğinde de, hüküm yine böyledir. Çünkü onun bu sözlerinde parayı alacak olan kişinin, kefil olma emrini veren kişide alacağının olduğunu gösteren bir ikrar yoktur. Borçlusundan alacağını tahsil etmek için vekil olması olasılığına açıktır.

Eğer bir kimse, samimi ve dayanışma içinde olduğu bir kimseye gelerek, "filan kimseye kefil olarak bin dirhem ver!" der; o da bu parayı sözü edilen kişiye verirse, emri veren kişi bu parayı kendisine ödeme yapılan kişiden isteyebilir. O, bu konuda emir veren kişinin vekili konumundadır.

Kefil, üstlendiği parayı kefil olduğu kişiye ödemekten kaçınamaz. Çünkü emri veren kişinin sözü, kendisinin ödeme yapılan kişiye borcunun olduğunu ikrar sayılmaz. Samimiyet ve beraberlik, emri veren kişi ile kefil arasındadır. Yoksa emir veren kişi ile, kendisine ödeme yapılan kişi arasında değildir. Bu samimiyet ve birliktelik, lehine kefil olunup ödeme yapılan bu kişinin, emri veren kişide alacağının olduğuna delil değildir. Bu yüzden ödeme yapılan kişi, emri veren kişinin vekili sayılır. Parayı teslim alınca, onu emri veren kişiye vermesi emredilir. Kefil, bu parayı lehine kefil olduğu kişiye vermemezlik edemez. Çünkü kefillik akdiyle bu parayı ona vermeyi üstlenmiştir. Ancak emri veren kişi hazır olur, bu paranın kendisinin emir verdiği kişideki alacağı olduğunu iddia ederse, bu iddiasını ispat için kendisinden delil getirmesi istenilir. Eğer delil getiremezse, emir vermiş olduğu kişiye yemin teklif edilir. Kendisine emir verilen kişi yemin ederse, her iki ödemeden de kurtulur. Eğer emir alan kişi, emri veren kişiye borcunun olmadığına dair yemin ederse, emri verenin hakkından kurtulur. Bu durumda lehine kefil olunan borçlu, emri verenin vekilidir. Vekili atayan kişinin borç istemesinden kurtulması, zorunlu olarak vekilden de bu parayı istemesinden kurtulmasını gerektirir. Çünkü emri veren kişi, kendisinde alacağının olduğunu iddia etmiştir. Bu da, iddianın delille ispatına ihtiyaç duyurur. İddiasını ispat edecek delili yoksa, geçerli söz, yeminiyle birlikte inkarcı konumunda olan kişinin sözüdür.

Eğer kendisine emir verdiği kişi, samimi ve her zaman birlikte olduğu bir kişi değilse, kefillik yine geçerlidir. Çünkü o, kefillik akdiyle bu borcu üstlenmiştir. Bu durumda mal, emir veren kişinin değil, lehine kefil olan kişinin sayılır. Burada lehine kefil olunan kişinin, emri veren kişinin vekili sayılması mümkün değildir. Çünkü bu, ancak emri veren kişinin, emir verdiği kişiden alacaklı olması

durumunda mümkündür. Söylediği sözde de, buna işaret edecek bir ifade yoktur. Aralarında borcu, onun adına ödediğini gösterecek, bir neden ve samimiyet de yoktur. Bu, emir verilen kişinin, özellikle lehine kefil olduğu borçlu kişi için yaptığı bir borç üstlenmesidir. Eğer kefil, lehine kefil olduğu borçlunun, samimi ve dayanışma içinde olduğu birisi olsaydı, bir şey almak için emri veren kişiye başvuramazdı. Çünkü emir verenle emir alan arasında başvurmayı gerektirecek herhangi bir şey yoktur. Kefil ile lehine kefil olunan borçlunun aralarındaki samimiyet ve yakınlık, emir veren kişinin emir verdiği kefile kendi adına kefil olup ödeme yapmasına delil sayılamaz. Bunun içindir ki, bir şey almak için ona başvuramaz. Ancak önceden de anlatıldığı gibi, Ebû Yusuf (rh.a.)'un son görüşüne göre, böyle bir durumda kendisine kefil olma emrini veren kişiye başvurma vardır.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

[20/75]

HÂKİMİN, DÂVADA KEFİL İSTEMESİ

Duruşmada, dâvalıdan kişiye kefil istemek

Bir kimse, hakim huzurunda birisinden alacağı olduğunu iddia eder, karşı taraf da bu borcu inkâr eder ve dâvacı, bu dâvalıdan, kendisini mahkemede hazır edecek bir kefil alınmasını hakimden isterse ve kendisinin de tanıklar dinleteceğini söylerse, dâvalıdan, üç gün içinde mahkemede hazır edecek tanınan bir kefil alınır.

Kıyasa göre bu şekilde kefil alınamaz. Çünkü yalnız dâvanın açılmış olması (iddia) dâvalıya herhangi bir yükümlülük getirmez. İddianın doğruya olasılığı olduğu gibi, yalana olasılığı da vardır. Dâvalıyı, kefil göstermeye zorlamak, ona belli bir yükümlülük getirir.

Ancak biz Resûlüllah (s.a.v.) devrinden günümüze kadar var olan örf ve âdet gereği bu konuda kıyasın gereğini terkettik. Hakimler, dâvalının kefil göstermesini emretmekte, hiç kimse de bunu, ne inkâr etmekte ne de yasaklamaktadır. Ayrıca böyle bir kefillikte dâvacının yararı vardır. Çünkü o, tanıklarını hazır ettiğinde dâvalı tarafın da hazır olması gerekir ki, tanıklar onun aleyhine tanıklık edebilsinler. Dâvalı bu durumu bildiği için kaçma veya gizlenme olasılığı vardır. Böyle yapınca da, dâvacı ona karşı hakkını ispat imkânı bulamaz. Kendisini mahkemede hazır etmek için kendisinden kefil alınmasının dâvacıya yararı olduğu gibi dâvalıya zararı da yoktur. Bu şekilde dâvalıdan kefil istenilmesi, ondan yemin istenmesine benzer. Bilindiği gibi, dâvalı iddiayı inkâr ettiğinde, dâvacının isteğiyle dâvalıya yemin ettirilir.

Bu dâvada, dâvalı için bir hak bulunmasa da, inkarında haklı olduğunda böyle bir kefillikte dâvalı zarar görmeden yine dâvacının yararı vardır. Kişileri duruşmada hazır edip tanımak da, dâva ile mümkündür. Bunda da dâvacının yararı vardır.

Burada kefilin tanınan bir kimse olması koşul konulur. Kefil istemek de böyledir. Çünkü dâvacının amacı, bilinmeyen, tanınmayan bir kefille gerçekleşemez. Pekala bu tanınmayan kişi de, dâvalıyla beraber kaçıp gidebilir.

Üç günle sınırlandırma, bağlayıcı değildir. Ancak kefil, ikinci oturuma kadar kefil olduğu kişiyi (dâvalıyı) hazır etmekle sorumlu tutulur. Hakim, her üç günde bir bu dâva için oturum açar. Oturumun her gün yapılması durumunda, dâvacının bir engeli çıkabilir; o nedenle sanığı mahkemeye getirmeye kefil olan kişinin, mahkemede her celsede hazır bulunması koşul değildir.

İki kefil istemede ise, her ne kadar dâvacının yararı varsa da, dâvalı açısından lüzumsuz bir ısrar sayılmayacak şekilde kefil alınır.

Dâvacı, "tanıklarım henüz ortada yok" diyorsa; hakim dâvalıdan kefil istemez. Çünkü bu durumda kefil almanın bir yararı yoktur. Ortada bulunmayan bir kişi, bir açıdan ölmüş birisi gibidir. Giden herkes geri dönmez.

Eğer dâvacı, dâvalının inkar yemini etmesini isterse, dâvalı hemen yemine çağırılır. Bu durumda kefil almaya uğraşmanın bir anlamı yoktur.

Dâvacı bir tek tanık getirebildiğinde de hüküm yine böyledir. Çünkü tek tanık, dâvayı dâvacı lehine ispata yeterli değildir. Nitekim dâvanın kendisi de, bir tek tanıkla ispat edilemez.

Eğer dâvacı hakime; "benim tanığım yok, ama ben dâvalıya yemin ettirilmesini istiyorum; bana güvence olması için ondan kefil al," diyorsa, hakim dâvalıdan kefil istemez. Ancak o duruşmada dâvalıya yemin ettirir. Çünkü yemin ettirmenin hükmü, vaktin değişmesiyle değişikliğe uğramaz. Hakimin görevi de, mümkün olan ilk fırsatta dâvayı çözmek, tarafların dâvalaşmasını önlemektir. Bu da, inkârcı konumda olan kişiyi hemen yemine çağırmakla mümkündür. Dâvacı da zaten bunu istemektedir. Dolayısıyla kefil almaya uğraşmakta bir anlam yoktur.

Dâvacı hakime; "tanıklarım bu beldededir, dâvalıdan kefil isterim" der; dâvalı da; "benim kefilim var," diye cevap verirse; hakim alacaklıya; istiyorsa tanıklar hazır oluncaya kadar bu kefili sorumlu tutup, kovuşturabileceğini söyler. Çünkü kefili kovuşturmak, Resûlüllah (s.a.v.) devrinden beri yapıla gelen ve örf durumunu almış bir uygulamadır. Nakledildiğine göre Peygamber (s.a.v.), Ubey b. Ka'b (r.a.)'a uğramış, onu alacaklısını kovuştururken görmüştür... [20/76]

Kefili veya borçluyu kovuşturmak, o kişiyi bir yere oturtup kendisinin de onun yanına oturması demek değildir. Böyle bir şey, bir tür göz hapsi sayılır. Dâvacı, bu kişideki alacağını ispatlamadan onu hapsettirme yetkisine sahip değildir.

Kovuşturup ayrılmamanın (mülâzemet) yorumu şudur: Kovuşturan kişinin, kovuşturduğu kişinin peşini bırakmaması, o nereye giderse peşinden onun da gitmesi, evine girdiğinde diğer taraftan kaçmasından korkuyorsa, kapısının önüne onu kovuşturan, gözetleyen birisini bırakıp kovuşturmaya devam etmesidir. Eğer

böyle bir korku yoksa, kendisini kovuşturabilmesi için onunla birlikte evinin kapısının önünde, onu görebileceği bir yere oturur veya kovuşturduğu kişi, ona kendisiyle birlikte eve girme izni verebilir. Burada amaç, kaçma konusunda güveni sağlamak ve tanıklar hazır olunca onu mahkemede hazır etme imkânına sahip olmaktır. Bu da, ancak bu şekilde sağlanabilir.

Eğer dâvalıya yemin ettirme yönünü seçerse; yemin ettirir. Çünkü yemin, dâvacının dâvalıya yönelik bir hakkıdır. Dâvacının bu yeminde geçerli bir amacı" vardır. Bu da, en yakın zamanda dâvalının yemin etmekten kaçınmasıyla hakkına ulaşma imkânını bulmasıdır.

Bu konuda, Ebû Hanîfe (rh.a.) ile iki talebesi arasında görüş ayrılığı vardır. Hassâf (rh.a.)'ın *"Edebü-l Kâdî"* isimli kitabının şerhinde, konunun açıklaması yer almaktadır. Böyle bir durumda dâvalının hapsedilmesi doğru olmaz. Çünkü hapis, mal dâvalarıyla ilgili verilecek cezaların en şiddetlisidir. Borç henüz ispat edilmeden, sadece dâva açılmakla bir kişi hapsedilmez (tutuklanmaz).

Malî dâvada, iddianın ispatından önce kefil istemek

Eğer hak isteminde bulunan kişi hakime; "dâvalının elinde bulunan ve bana ait olduğunu iddia ettiğim şu mal için ondan kefil al," derse, hakim o mal için dâvalıdan kefil ister. Çünkü dâvacı, ancak bu malın getirilmesi durumunda, tanık getirerek hakkını ispat edebilir. Ayrıca dâvalı belki bu malı saklayabilir. Dâvacı, delil getirmeden önce, bu malı dâvalının elinden almak da doğru değildir. Böyle bir mal için kefil almakla, kişiyi mahkemede hazır etmeğe yönelik kişiye kefil almak arasında fark yoktur. Şayet dâvalıyı mahkemede hazır etmek ile mal konusunda bir tek kefil alınmışsa, bu kefillik geçerlidir. Çünkü dâvadan beklenilen bu şekilde de gerçekleşir.

Dâvalıdan hem kefil hem vekil istemek

Eğer alacaklı, dâvalıdan, kendisini mahkemede temsil edecek bir vekil ve yine kendisini mahkemeye getirecek kefil istemişse, hakim dâvalıya üç gün içinde böyle bir kefil göstermesini emreder. Anılan eserde de böyle söylenmektedir. Çünkü dâvalı, kendisini mahkemede hazır edecek kefili dinlemeyip kaçabilir. Haliyle dâvacı da, dâvalının vekili olmayan bir kefile karşı delil getirerek kendi hakkını ispat etme imkânı bulamaz.

ez-Ziyâdât'da; "dâvalı, mahkemede taraf olabilecek bir vekil göstermeye zorlanamaz" der. Daha doğru olan görüş de budur. Çünkü dâvalı; "özellikle bu dâvada taraf olmaya ben başkasından daha uygunum; konuyu ben daha iyi biliyorum," diyebilir. Olabilir ki, vekil olan kişi, dâvayla yeterli derecede ilgilenmez. Kişinin kendisini mahkemede savunmaya çalıştığı kadar vekil uğraşmayabilir. Bu yüzden vekil atamaya zorlanması, kendisine zarar verebilir. Hakim, birbirine zarar vermemek koşuluyla her iki tarafın da yararını gözetir.

Eğer alacaklı, hakimin kendi lehine ve karşı taraf aleyhine vereceği kararla gereken borç için bir mâlî güvence verilmesini istemişse, hakim borçluyu buna zorlayamaz. Çünkü borcun ispatından sonra dâvalı, ispat edilen borca mâlî

güvence göstermeye zorlanamadığına göre, borcun ispatından önce, öncelikle zorlanamaz.

Dâva konusunun eşya cinsinden bir şey olması bundan farklıdır. Çünkü böyle bir durumda dâvacı, ancak bu şey mahkemede hazır edilince dâvasını ispat imkânı bulabilir. Burada ise, dâvalının mahkemede hazır bulunmasıyla ondaki alacağını ispat imkânına sahiptir. Burada borca kefil göstermek, bu borcu kovuşturma ve istem hakkını güvence altına almak içindir. Borcun ispatından önce dâvalıdan bu borcun ödenmesi istenemeyeceğine göre, bu borç için nasıl güvence gösterilmesi istenebilir?

Hakim, dâvacıya kefil alması için alacaklıyla birlikte bir elçi gönderir, bir kişi de alacaklı lehine borçluya kefil olursa veya hakim, dâvalıyı yanına getirip huzurunda ondan kefil alırsa, daha sonra da kefil dâvalıyı alacaklıya teslim ederse, kefillik sorumluluğundan kurtulur. Çünkü kefillik, alacaklı lehine üstlenilmiş sanığı mahkemeye getirme ile ilgili bir kefilliktir. Kefil, dâvalıyı kendine teslim etmekle onun bu hakkını yerine getirmiştir. [20/77]

Eğer kefillik, hakim veya elçisi lehine ise [kefil kişi, dâvalıyı alacaklıya teslim etmekle kefillik sorumluluğundan kurtulamaz. Onu] lehine kefil olduğu [hakime veya elçisine teslim etmek zorundadır. Kefillik yükümlülüğünden ancak böyle kurtulur].

Züfer (rh.a.)'e göre, onu alacaklıya teslim etmekle kefillik yükümlülüğünden kurtulur. Çünkü kefillik, sonuçta her iki açıdan da alacaklının lehinedir. Bu kefillik, onun dâvasına dayandırılır.

Ancak biz Hanefîler şöyle diyoruz. Aksine açık bir ifade bulunduğu zaman kasda itibar edilmez. Kefil, kefil olduğu kişiyi getirip hakime veya elçisine teslim etmeyi, açık bir ifadeyle söyleyerek üstlenmiştir. Üstlendiği bu yükümlülüğü yerine getirmeden sorumluluktan kurtulamaz.

Kişiye kefilliğin süreli olması durumunda sürenin dolması

Eğer bir kimseyi üç gün sonra mahkemeye getirmeye kefil olmuş, üç gün dolmuş alacaklı da şehir dışına çıkmışsa kefil, yine de kefil olduğu kişiyi ona teslimle yükümlüdür. Bu teslimi yaptığında, yükümlülükten kurtulur. Çünkü kefil olduğu kişiyi hazır etmeyi üstlenmişse, üstlendiği bu görevi yerine getirmeden vaktin geçmesiyle sorumluluktan kurtulamaz.

Ticarete izinli köle, özgür kılınma anlaşmalı köle (mükâtep), ticaretle uğraşan aklı eren (mümeyyiz) çocuk, güvence alarak İslâm ülkesine giren düşman ülke vatandaşı, zimmî (İslâm ülkesi vatandaşı olan gayri müslim) ve dinden çıkan kimse, ister alacaklı, ister borçlu olsun, bütün bu konularda özgür, yetişkin bir Müslümanla aynı hükme tâbidir. Çünkü kişiye kefillik, dâva açılmasına dayalıdır. Bu kişilerin açacakları dâva geçerli olduğu gibi, aleyhine açılacak dâva da geçerlidir.

Eğer birisi, özgür kılınma anlaşmalı (mükâtep) kölesini hakim huzuruna getirir ve anlaşma süresinin dolup geçtiğini iddia eder ve; "hazır tanıklarım var, ondan kendisini mahkemede hazır edecek kefil isterim" derse, hakim köleden kefil almaz. Çünkü sonuçta bu kişi, dâvacının kölesidir. Bir efendi, kölesini kefil göstermesine ihtiyaç duyuracak derecede kendine borçlandıramaz. Görmez misin bir kimse, özgür kılınma anlaşmalı bir kölenin anlaşma bedeli için efendisi lehine köleye kefil olsa, bu kefillik geçerli değildir. Köle aleyhine bu konuda açılacak bir dâvada köleyi mahkemede hazır etmeye yönelik bir kefillik de geçerli değildir. Görmez misin anlaşmalı bir köle, anlaşma bedelini ödeyemeyeceğini, bu konuda âciz kaldığını söylerse, kendisinden anlaşma bedeli istenemez.

Aynı şekilde kişi, ticaretle uğraşan kölesine yönelik bir dâva açarsa, -kölenin borcu olsun veya olmasın- hüküm yine böyledir; bir efendi kendi kölesini kendine borçlandıramaz.

Özgür kılınma anlaşmalı (mükâteb) bir köle, efendisine karşı dâva açar ve ondan alacak iddiasında bulunursa, köle lehine, efendiyi mahkemede hazır edecek kefil alınır. Çünkü anlaşmalı bir köle, başkasından alacaklı olabildiği gibi efendisinden de alacaklı olabilir. Görmez misin bir kişi böyle bir kölenin efendiden alacağına kefil olsa, bu kefillik geçerlidir. Aynı şekilde onu mahkemede hazır edecek kefilin kefilliği de geçerlidir.

Eğer ticarete izinli ve borcu olan köle, efendisinden alacağının olduğunu iddia eder ve dâva açarsa, onun hükmü de böyledir. Çünkü borçlu bir kölenin kazancında alacaklılarının hakkı vardır. Dolayısıyla efendisini alacaklıların hakkı kadar kendisine karşı borç altına sokabilir. Şayet kölenin borcu yoksa, efendiyi kölenin açtığı dâva için mahkemede hazır edecek kefil alınmaz. Çünkü borcu olmayan bir kölenin kazancı, bütünüyle efendisinin malı sayılır. Borcu olmayan bir köle, efendisinden alacaklı sayılamaz.

Bir kimse, birisini dâva etse, ancak birisinin hakkı olarak dâvalı hapiste (tutuklu) olsa, dâvacı da yargılanmak için onu hapisten (tutuk evinden) çıkartmak istese, onu tutuklatan ilk dâvacı da; "benim kendisindeki alacağım için ondan kendisini hazır edecek kefil al," dese; bu kişi, dâvalısını hapisten çıkarabilir. Kendisiyle mahkemede yargılanır. Yeniden onu hapse döndürünceye kadar yanından ayrılmaz. Ondan kendisini mahkemede hazır edecek bir kefil isteyemez. Çünkü bu tutuklu, onun elinde sayılır. Tutukluluk durumu hükmen devam etmektedir. Ancak güvenilir biri gözetiminde ceza evinden çıkartılmıştır. Bu kişi, hapiste iken de güvenilir bir kimsenin eline teslim edilmiş durumdadır. Hapisten çıkarıldığında da hüküm yine böyledir. Böyle bir durumda alacaklının ondan kefil istemesi, kuru bir inattan başka bir şey değildir. Hakim o kişiyi bu dâva nedeniyle yeniden tutuklamaz.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre, kişiye kefillik için belli bir vâde belirlenmez. Bu süre, hakim huzuruna gelmeye imkân bulduğu zamana kadardır. Hakim huzuruna üç günden sonra çıkma imkânı bulsa, fazla olan bu vâde kabul edilir. Bu hüküm bütün imamlara göre de böyledir. Çünkü burada gözetilmesi gereken, dâvacının hakkıdır. [20/78]

Eğer dâva konusu belli bir mal olur da dâvalının bu malı saklayıp (ortadan kaldırıp) belirsiz olacağından korkuluyorsa yed-i emîne (güvenilir kişiye) teslim edilir. Bunun için belli bir zaman belirlenmek zorunda değildir. Böyle bir dâva, zaman belirlenmesi açısından kefillik akdi gibi kabul edilir. Malın yed-i emîne tesliminde dâvacının yararı vardır; dâvalı da bundan fazla bir zarar görmez. Daha önce de açıklandığı gibi, dâvacı dâva konusu olan bu mal için, kefil isteme hakkına sahiptir. Ancak belki dâvalı taraf, bu malı ortadan kaybedebilir. Tanıklar da malın niteliklerini tanımayabilir. Dolayısıyla tanıklık görevlerini rahat yerine getiremeyebilirler.

Eğer bu mal, tanıkların tanıdığı bir mal ise veya belirlenmesi esasen mümkün olmayan bir malsa, hakim bu malı yed-i emîne teslim etmez. Çünkü bu malın yanında kefil almak, dâvacının hakkının gözetilmesi için yeterlidir.

Dâva konusu taşınmaz mallar için kefillik

Taşınmaz mallara gelince; bu mallar için kefil alınmadığı gibi, yed-i emîne de teslim edilmez; mahkemede hakkı ispata yönelik deliller değerlendirilir. Çünkü taşınmazın belirlenmesine ihtiyaç yoktur; tanıkların tanıklığı için mahkemede hazır edilmesi de mümkün değildir. Çünkü burada tanıklık, taşınmazın sınırlarını anarak yapılır.

Eğer tanıklık tamamlanmış ve taşınmaz içinde hurma ağaçlarının bulunduğu bir bahçeyse, borçlunun da meyveleri toplayıp götüreceğinden/telef edeceğinden korkuluyorsa, o zaman bahçenin yed-i emîne teslim edilmesi gerekir. Çünkü yapılan tanıklıkla alacaklının bu bahçede hakkı, görünüşte sabit duruma gelmiştir. Görmez misin tanıkların tanıklığa uygun olup olmadıkları tam tespit edilmeden hakim karar vermişse, onun bu kararından sonra dâvacının hakkının tam olarak korunması için, borçlu olan kişi meyveleri almasın diye bahçe yed-i emîne teslim edilir.

Alacak konularında, kölelerin özgür kılınmasıyla ilgili konularda boşanma dâvalarında ve şüpheyle düşmeyecek kul haklarıyla ilgili bütün dâvalarda, dâvalıdan kefil istenebilir.

Örneğin; dâvacı, birisinde bin dirhem alacağının olduğunu iddia etse ve (hakime); "kendisine sorun; alacağımı ikrar mı ediyor, yoksa inkâr mı?" dese, hakimin bu soruyu dâvalıya sorması gerekir. Böylece dâvacı, hakimin insanlara nasıl bir işlem yaptığını, nasıl tarafsız tavır takındığını bilmelidir.

Eğer dâvalı borcu inkâr ederse, hakim dâvacıya; "tanıklarını getir!" der. Şayet dâvalı ne ikrar ne de inkâr ederse, hakim yine dâvacıdan tanıklarını getirmesini

ister. Çünkü susan bir dâvalı, inkârcı konumundadır. Eğer dâvacının tanığı yoksa ve hakimden dâvalıyı yemine çağırmasını istiyorsa, hakim inkârcı dâvalıya yemin ettirir.

Dâvalının iddiayı ikrar ve inkâr etmemesi durumunda yapılacak işlem

Eğer dâvalı ne inkâr ne de ikrar ederse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'den; hakimin dâvalıyı yemine çağırmayacağı, ancak dâvacıya cevap vermesi için dâvalıyı tutuklayabileceği nakledilmiştir. Çünkü yemine çağırma, dâvalı iddiayı inkâr ettiğinde doğruyu bulmak ve onu seçmek içindir. Dâvalı henüz inkârda bulunmadan böyle bir şeyle uğraşmanın anlamı yoktur.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'den gelen bir rivayete göre ise hakim bu durumda da dâvalıya yemin teklif eder. Çünkü dâvalının sususu, hukuken inkâr gibidir. Nitekim susan bir kimse aleyhine, sustuktan sonra da tanıklık kabul edildiği gibi, ona yemin de ettirilir. Yeminden kaçınması durumunda dâvacının hakkı gözetilerek dâvalı aleyhine karar verilebilir.

Hakimin böyle bir kimseyi, ikrar veya inkârda bulunması için /ikrar veya inkar edinceye kadar hapsetmesi gerekmez. Kendisini böyle bir şeye de zorlamamalıdır. Çünkü yalnızca susmayla kişi aleyhine bir şey sabit olmaz. Hapisle de cezalandırılmaz. Onu inkâra zorlamadan da gereken amaca ulaşılabilir. Çünkü onun sususu, inkârın yerini tutar. İnkâr eden bir kişi, iddiadan kaçınmaktadır. Susanın durumu da böyledir.

[20/79]

Şayet dâvalı, hakimden dâvacının kendisine yönelik niçin (hangi nedenle) böyle bir iddiada bulunduğunu sormasını isterse, hakim zorlamada bulunmadan bu soruyu dâvacıya yöneltir. Eğer hangi açıdan iddiada bulunduğunu açıklamak istemezse, ondan delil, tanık istenilir. Çünkü dâvacı, alacak dâvası açmakla onun tarafından gereken yapılmıştır. Dâvanın hangi açıdan dâvalıya yöneltildiğini açıklamak dâvacıya zarar verebilir. Bir hakim hiç kimseyi, kendisine zarar verecek bir şeye zorlayamaz. Böyle bir şeyden kaçındığı için de onu hapsedemez. Ancak kendisinden kanıt ister. Şayet dâvacının delili yoksa dâvalı, bu kişiye karşı, iddia edildiği gibi, borcunun bulunmadığına dair "billâhi" sözünü kullanarak Allah adına yemin ettirilir. Eğer yemin ederse, o zaman dâvacı tanıklarını çağırır.

Dâvacının kanıtı olsa bile dâvalının yemin etmesini istemesi

Bu söz, dâvacının, tanıkları hazır olsa bile, dâvalıya yemin teklif etme hakkının bulunduğunu açıklamaktadır. Bu da Ebû Yusuf ile Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise; dâvacı, tanıklarının kendi yerleşim beldelerinde olduğunu iddia ediyorsa, dâvalının yemin etmesini isteme hakkına sahip değildir. *En-Nevâdir*'de konu böyle nakledilmiştir. Çünkü böyle bir durumda dâvacının amacı, dâvalının itibarını sarsmak, onu insanların önünde mahcup etmek, zor duruma düşürmek olabilir.

Tanıkların iddia edilen malın kalitesinde ihtilâf etmeleri

İki tanık, bir kişinin birisinden bin dirhem alacağının olduğuna tanıklık etseler; tanıklardan biri; "bu para, beyaz gümüş paraydı," diğeri de; "siyah gümüş paraydı" derse, bu borç, siyah gümüş para olarak kabul edilir.

Eğer alacaklı, paranın beyaz gümüş olduğunu veya her iki cinsten de bulunduğunu iddia ederse, alacağının yine de siyah gümüş olduğuna hükmedilir. Çünkü tanıkların tanıklığı, hem söz, hem de anlam olarak ayarı daha düşük olan siyah parada birleşmektedir. Beyazlık, artı bir niteliktir. Tanıklardan birisinin tanıklığı bunu ispat için yeterli değildir. Her ikisinin tanıklığı, bin dirhem borcun aslı için geçerlidir. Dolayısıyla borcun, kesinlik kazanan siyah dirhem kadar olduğuna hükmedilir.

Şayet alacaklı da borcun siyah dirhem olduğunu iddia ederse, diğer tanığın beyaz nitelik iddiası geçersiz duruma gelir. Çünkü dâvacı da bu konuda kendisini yalanlamıştır. Diğer tanık hazır bulunmadıkça, ifadelerdeki çelişki nedeniyle, borcun siyah gümüşten olduğuna karar verilemez.

Tanıkların, malın cinsi konusunda ihtilâf etmeleri

Nitekim iki tanık, bir kür buğdayla ilgili tanıklık yapsalar tanıklardan biri bu buğdayın yüksek kalite, diğeri de düşük kalite olduğunu söylerse hüküm yine böyledir. Eğer tanıklardan biri, borcun bir kür buğday diğeri bir kür arpa olduğunu söylerse, hakim herhangi bir hüküm veremez. Çünkü bu durumda her bir tahıl cinsi için bir tek tanık vardır. Dâvacı ise bu cinslerden sadece birini iddia etmekte, dolayısıyla diğer tanığı yalanlamaktadır.

Tanıkların iddia edilen borcun miktarında ihtilâf etmeleri

Bir kimse, birisinden yüz dirhem alacağının olduğunu iddia etse ve bu yüz dirhem için bir kişi kendisine tanıklık ederken diğer birisi de bu paranın iki yüz dirhem olduğunu söylese, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu tanıklıklar geçerli değildir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise, tanıklık yüz dirhem miktarı için geçerlidir.

Bu hüküm daha önce geçen şu kurala dayanır: İki tanığın anlam açısından birleştiği kısım, tanıklığın kabulü için yeterlidir. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise iki tanığın da hem ifadede hem de anlamda birleşmeleri gerekir. Meselâ; bir kimse birisinde yüz elli dirhem alacağının olduğunu iddia etse, tanıklardan birisi bu borcun yüz dirhem, diğeri de yüz elli dirhem olduğunu söylese her ikisinin de tanıklığı yüz dirhem için geçerli sayılır. Çünkü yüzellinin içerisinde yüz zaten vardır. Her iki tanık, hem kelime olarak hem de anlam olarak bu yüz dirhemde ittifak durumundadırlar. Fakat yüzün içerisinde yüzelli (150) olmadığından tanıklardan birisi elli dirhem fazlalığa tanıklıkta yalnız kalmıştır. Elli ile yüz ayrı ayrı sayı isimleridir ve kullanılırken birisi diğerine atıf yapılarak kullanılmıştır.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre; bir kimse, bir başkasında on beş dirhem alacağının olduğunu iddia etse, tanıklardan biri bu alacağın on dirhem, diğeri de on beş dirhem olduğunu söylese, bu tanıklık herhangi bir bölüm için geçerli değildir. Çünkü on beş rakamı, atıf harfi olmadan bütün olarak kullanılan ve belli bir sayıyı ifade eden bir isimdir. İçinde atıf yapmayı gerektiren ek bir harf, edat da yoktur. Bu açıdan o, yüz sayısı ile iki yüz sayısına benzer.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre, her iki durumda da iki tanık az olan sayıda görüş birliğinde oldukları için tanıklıkları, iki sayıdan az olanı için geçerli kabul edilir.

Bu görüş, aynı zamanda Kâdî Şürayh (rh.a.)'in görüşüdür. Onun huzurunda iki tanık tanıklıkta bulunmuşlar; birisi, borcun dokuz yüz, diğeri de sekiz yüz dirhem olduğunu söylemiş, Şürayh (rh.a.), bu iki miktardan az olanını seçerek borcun bu miktarda olduğuna karar vermiştir. Bunun bir benzeri de Hasan el-Basrî ve İbrahim en-Nehaî (rh.a.)'den nakledilmiştir.

Hevâ ehlinin tanıklığı

Ebû Yusuf (rh.a.), İbn Ebû Leylâ (rh.a.)'nın; "Hevâsıyla hareket eden (ehlü'l-ehvâ)[23] gruba bağlı kimselerin tanıklığı geçerlidir," dediğini duydum, der. Bu konu, Kitabın "Tanıklar ve Tanıklıkla ilgili bölüm"ünde açıklanmıştır. Bu görüş, Hanefi âlimlerince (rh.a.) de benimsenmiştir.

[20/80]

Ebû Yusuf sözü açıklarken şöyle demiştir: Hevâ ile hareket etmek, bir kişinin kapılabileceği, sakıncalı bir şeydir. Eğer böyle bir şeye kapılmışsa, yanılmıştır. Bu yanılma ile, tanıklığının geçersiz sayılmaması gerekir. Bu kimselerin hevâya düşmelerinin nedeni, dindeki aşırılıklara kapılmalarıdır. Onlar, günahları, normalinden çok fazla büyütmüşler, hatta küfür derecesine çıkartmışlardır. Dolayısıyla, yanlış görüşte olsalar bile, yalan yere tanıklık etmeyecekleri konusunda kendilerine güven duyulur. Görmez misin Allah'ı inkâr ve küfürden sonra en büyük günah adam öldürmektir. Şüphesiz, Resûlüllah (s.a.v.)'in sahabîlerinin (r.a.) kanını dökmek, dökülebilecek kanların en büyüğü ve en günah olanıdır. Bu gruplar birbirleriyle de savaşmış; adam öldürmüşlerdir. Bu gruplara bağlı kişiler, birbirleri aleyhine tanıklık yaptıklarında bu tanıklıkları nasıl olur da kabul edilmeyebilir?.

Ancak Hattâbiyye denilen grup, bundan ayrı tutulmuşlardır. Bu grup, Râfizîlerin bir koludur. Bize ulaşan bilgilere göre, iddialarında birbirlerini doğrulamakta, birbirleri lehine tanıklık yapmakta, yanında birisi yemin ettiğinde; hemen bu yeminde onun doğru olduğunu söylemektedirler. Dolayısıyla bu gruba bağlı kimseler, tanıklıklarında şüpheli konumdadırlar. Bunun için de tanıklıkları kabul edilmemelidir.

Bir kimse, birisinden bin dirhem alacağının olduğunu iddia etse, bu paranın beşyüz dirheminin ona sattığı ve teslim ettiği bir kölenin bedeli, diğer beş yüz dirhemin de yine o kişinin teslim aldığı bir başka malın bedeli olduğunu söylerse ve bu konuda mahkemeye iki tanık getirirse; bu tanıklardan birisi, bu paranın beş yüz dirheminin kölenin bedeli olduğuna, diğer tanık da, öbür beşyüz dirhemin bir ticârî mal bedeli olduğuna ve malların teslim alındığına tanıklık etse, her iki tanıklık da beş yüz dirhem için geçerlidir. Çünkü yapılan alış-veriş, akit konusu olan malın

---

[23] **Ehlü'l-Ehvâ**, o günlerde daha çok ifrat (pek ileri gitme) veya tefrite (ortanın çok aşağısında kalma,ters yönde aşırılık) düşerek hak yoldan sapan mürci'e, haricîler v.b. gruplar için kullanılan bir tamlamadır.

teslim edilmesiyle son bulmuştur. Artık açılan dâva, borç dâvasıdır. Bu dâva; bin dirhem alacak iddiasında bulunup da iki tanığın bu borcun beş yüz dirhem olduğuna tanıklıkta bulunması gibidir.

Şayet iki tanık, bir kimsenin, diğer birisinde bin dirhem alacağının olduğuna tanıklık etseler; içlerinden biri, bu paradan beş yüz dirhem teslim alındığını söylese, alacaklı da bu parayı aldığını inkâr etse, tanıkların bin dirhem borç konusundaki tanıklıkları geçerlidir. Çünkü her iki tanık, bu bin dirhem borcun varlığında görüş birliğindedirler. Ancak tanıklardan biri, başka bir şey konusunda yalnız başına tanıklık etmiş; borçlunun alacaklıya beşyüz dirhem ödediğini söylemiştir. Eğer paranın bütününü ödeseydi, asıl borç konusundaki tanıklık yine de geçerli sayılırdı. Bu konu da onun gibidir.

Züfer (rh.a.)'den bu tanıklığın kabul edilmeyeceği görüşü nakledilir. Çünkü dâvacı, tanıklardan birisini yalanlamaktadır.

Ancak biz Hanefîler de şöyle diyoruz; dâvacı, tanığı, lehine yaptığı tanıklıkta değil, aleyhine yaptığı tanıklıkta yalanlamaktadır. Bu da, kendisine zarar vermez. Çünkü dâvacı ve dâvalıdan her biri, tanıkların lehine yaptığı tanıklığı doğrulamakta, aleyhine olanı da yalanlamaktadır.

Görmez misin tanıklardan birisi, bu malı bir yıllığına kiraya verdiğine tanıklık etse, borcun aslı konusundaki tanıklığı nasıl reddedilebilir?

Şayet iki tanık, bir kimsenin, birisinden bin dirhem alacağının olduğuna tanıklık ederler; alacaklı da, "benim sende beşyüz dirhem alacağım kaldı. Önceden bu alacak bin dirhemdi; bunun beşyüz dirhemini aldım," derse; iki cümleyi ister birbirine ulayarak, isterse ayırarak kullansın, tanıklıkları beşyüz dirhem için geçerlidir. Çünkü alacaklı, tanıklarını yalanlamamıştır. Aksine, kendi dâvası ile tanıkların tanıklığı, olabilecek bir şekilde uyuşturulmuştur. Çünkü dâvacı, hakkının bir kısmını almış, tanık olan kişiye bunu bildirmemiş olabilir.

Eğer "sende beşyüz dirhemden fazla hiç alacağım yok" derse; bu, her iki tanığın tanıklığının hükmünü sona erdirir. Çünkü tanıkların kendi lehine, beşyüz dirhemden fazla kısımdaki tanıklığını yalanlamıştır.

İki kişi, birisinin bir başkasına satılan ve teslim edilen bir câriyenin bedeli olarak bin dirhem borcunun olduğuna tanıklık yapsalar, satıcı da; "bu tanıklığı onlara alıcı yaptırdı; benim ondaki alacağım, satılan ticârî bir malın bedelidir," dese, bu iki tanığın tanıklıkları geçerli sayılır. Çünkü daha önce de açıklandığı gibi; alış-veriş konusu olan mal, alıcı tarafından teslim alınmışsa, akit tamamlanmış sayılır. Artık bu dâva, borç dâvasına dönüşmüştür. Alıcı da, tanıkları borcun varlığı konusunda doğrulamıştır.

Şayet satıcı, "Tanıklar buna tanıklık etmediler. Bu alacağın satılan bir malın bedeli olduğuna tanıklık ettiler" dese, bu kişilerin tanıklığı geçersizdir. Çünkü o,

tanıkların kendi lehine yaptıkları tanıklığı yalanlamış ve onların tanıklıkta dikkatsizlikle hareket ettikleri, unuttuklarını ikrar etmiştir.

[20/81] Eğer iki kişi, birisinin belli bir kişinin bin dirhem tutarındaki borcuna kefil olduğuna tanıklık etseler, bu kişinin parayı isteme hakkı vardır. Çünkü tanıkları, yaptıkları tanıklıkta yalanlamamıştır. İki tanığın tanıklığıyla ispat edilen bir şey, dâvalının ikrarıyla sabit olan bir şey gibidir.

Eğer "böyle bir ikrarda bulunmadı, bu kefilliğin bir başkasının borcuna olduğunu ikrar etti" dese tanıklık geçersiz sayılır. Çünkü dâvacı, her iki tanığı da yalanlamıştır.

Dâvalı, alacak dâvası açan kimsenin kendisinden alacağı olduğunu inkâr eder, iki tanık da dâvacı lehine onun bin dirhem alacağı olduğuna tanıklık yaparlarsa, dâvalı iki tanık getirir ve tanıklar böyle bir borçla ilgisinin olmadığına, paranın ödendiğine tanıklık ederlerse, bu tanıklık geçerlidir. Çünkü o anda borcunun olduğunu inkâr etmesiyle, borcunun olmadığını, borcun ödendiğini iddia etmesi arasında bir çelişki yoktur. Eğer "benim ona asla borcum yoktur," der; daha sonra da, borcunun olmadığına veya ödendiğine dair delil getirirse, onun hükmü de yine böyledir.

İbn Ebû Leylâ (rh.a.)'ya göre, bu kişinin getirdiği tanıkların tanıklığı, iddiasıyla çeliştiğinden kabul edilmez. Ancak biz Hanefilere göre, bu durumda çelişki yoktur. Çünkü böyle bir durumda sanki o kişi, şöyle demektedir: "Benim ona kesin olarak borcum yoktur. Bende olduğu iddia edilen parayı ben ödedim." veya; "Ondan, beni bu borçtan aklanmasını (ibra etmesini) istedim; o da istediğimi yaptı." Böyle bir durumda da tanıklık, geçerli delildir. Tanıklıkla hem uygulama yapıp, hem de onu geçersiz saymak doğru değildir.

Şayet "ona herhangi bir ödeme yapmadım," veya "ondan bir şey teslim almadım", "onu tanımıyorum", "onunla konuşmadım", "onunla hiç birlikteliğim olmadı" derse; bu sözlerden sonra borcu ödediğine dair getireceği tanıklar, kabul edilmez. Çünkü daha önceden söylediği sözler, onun lehine tanıklık yapan kişileri yalanlamaktadır.

İki kişi, birisi hakkında borçtan veya kefillik yükümlülüğünden kurtulduğuna dair tanıklık yaparlar, ancak yeri ve zamanı konusunda farklı farklı ifadelerde bulunurlarsa, tanıklık geçerlidir. Çünkü borçtan kurtarılma (ibra), alacaklının ikrarıyla da geçerlidir. Dolayısıyla zaman veya mekan da farklılık olması, tanıklığın geçerliliğine zarar vermez.

Zincirleme kefillerin birbirleri lehindeki tanıklıkları

Eğer birbirine kefil olan üç kişiden ikisi, diğerinin üstlenmiş olduğu malı ödediğine tanıklık ederlerse, tanıklıkları geçerli değildir. Çünkü onlar böyle bir tanıklıkla, alacaklının borcu kendilerinden isteme hakkını düşürerek, kendilerine de yarar sağlamaktadır. Lehine tanıklık yaptıkları kefil de bir şey için onlara başvuramaz. Çünkü bu iki kişi, alacaklının hakkından kurtulmuş değildirler. Bir

kefil, alacaklının borcu kendisinden isteme hakkından kurtulup ibra olduğunda, asıl borçluya başvurma hakkı vardır. Böyle bir ibra gerçekleşmediğine göre, ödemeyi yapan kefil, diğerlerine bir şey için başvuramaz.

Allah daha iyi bilir.

BORÇ ÖDEMESİ YAPAN BİR KİMSENİN, YAPTIĞI ÖDEMEDE DOĞRULANMASI

Farklı nedenlere dayalı borçların ödenmesi

Birisinin, birisinden üçyüz dirhem alacağı bulunsa ve her yüz dirhem üç ayrı senette yazılı olsa; bu senetlerden birinde; bu paranın borç alınan bir para karşılığı olduğu, ikincisinde; bu borcun birisine kefillik nedeniyle olduğu, üçüncüsünde de bu borcun yine bir başkasına kefillik borcu olduğu yazılıysa; bu durumda borçlu, alacaklıya yüz dirhem verir ve; "bu şu vesîkanın karşılığıdır," diyerek tanık tutsa, bu para, o vesîkada bildirilen borç için kabul edilir.

Çünkü parayı veren odur. Parayı verirken de bunun ne için verdiğini açıkça ifade etmiştir. Onun bu açıklaması, verdiği paranın başka bir borç için olması olasılığını ortadan kaldırır. Diğer yandan ispat edenle nefyeden (yok sayan) arasında herhangi bir çelişki de yoktur. Ödeme sırasında tanık bulunmasa da, hüküm yine böyledir.

Eğer ödemeyi yapan kişi ile alacaklı arasında, ödemenin hangi borç için yapıldığı konusunda anlaşmazlık çıkarsa; geçerli söz, borçlunun sözüdür. Çünkü alacaklıya verilen paranın sahibi odur. Bir malın bir başkasının mülkiyetine niçin geçirildiği konusunda geçerli söz, bu malı o kişinin mülkiyetine geçiren kişinin sözüdür. Bunun delili, Peygamber (s.a.v.)'ın şu hadisidir:

إذا اختلف المتبايعان ، فالقول ما يقوله البائع

"Eğer alıcı ile satıcı arasında anlaşmazlık çıkarsa, geçerli söz, satıcının sözüdür."[24]

Çünkü bu kişi, bu malı diğerinin mülkiyetine verdiğini temelden inkâr edecek olsaydı, geçerli söz, onun sözü olurdu. Verilen paranın, borçlardan biri için değil de diğeri için verildiğine dair yaptığı ikrarın hükmü de böyledir. Çünkü borçlu, bu borcu kendi malından ödemektedir. Bir kimse kendi malında istediği hukuki işlem yapma hakkına sahiptir. Sözleşme yaparken olduğu gibi devamında da kendi malında yaptığı bir işlemi konusunda yapacağı açıklama, kendisi için bir yarar getiriyorsa, geçerli bir açıklamadır. Bu şekilde yaptığı bir açıklama da yararlı bir açıklamadır. Borcun bir bölümü karşılığı rehin verilmiş olabilir. Verilen paranın [20/82]

[24] bkz. Dârekutnî, *Sünen*, III/20; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, X/174; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/133

rehin verilen borç için olduğu belirtilerek bu rehin geri alınabilir. Yine borcun bir bölümü kefillik borcu olabilir. Böylece lehine kefil olan kişi, yapılan ödemede kefili aklar (ibra eder).

Şayet ödemeyi yapan kişi, bu konuda hiçbir açıklama yapmadan ölürse; verdiği yüz dirhem, her üç belge için de geçerli sayılır. Çünkü verilen paranın bu üç belgede belirtilen borçlardan hangisi için olduğunu mirasçılara belirtecek, öncelik hakkı verecek neden ve açıklama yoktur. Mirasçılar, onun yerini miras kalan malda alırlar. Borç karşılığı ödenmiş olan bir para da, miras olamaz. Geriye sadece bu paranın kime verileceği konusundaki görüş belirtme kalmıştır. Bu da miras değildir. Ödemeyi yapan kişinin ödemeyi yaptığı sırada, bu ödemeyi niçin yaptığı konusunda açıklama hakkı vardır. Mirasçılar ise bunu bilemezler. Bu konuda ödemeyi yapanın yerini de alamazlar. Nitekim kölelerinden herhangi birini özgür kılanın, hangi köle olduğunu belirtme hakkı özgür kılanadır.

Şayet ödeme yapan ve yapılanın her ikisi de ölür, mirasçılar bu paranın belgelerde belirtilen hangi borcun karşılığı olduğunda anlaşmazlığa düşerler ve ödemenin hangisi için olduğunu belirten bir delil bulunana kadar bu ödemenin her üç belgede de belirtilen borçlar için yapılmış olduğuna hükmedilir. Ancak ödemeyi yapan kişinin, ölümden önce bu ödemeyi hangi borç için yapmış olduğuna açıklık getiren bir delil varsa, o zaman ödemenin nereye yapıldığı bu delille belirlenir. Delille ispat edilen bir şey, gözle görerek sabit olmuş bir şey gibidir.

Ama ödemeyi yapan ve kendisine ödeme yapılan kişinin bütün mirasçıları bu ödemenin belli bir borç karşılığı yapıldığında görüş birliği içinde olurlar, birbirlerini doğrularlarsa, o zaman ödeme, üzerinde görüş birliği sağlanan borç için yapılmış sayılır. Çünkü sonuçta hak mirasçılarındır. Onların hepsi bu konuda birbirlerini doğruluyorlarsa, onların görüş birliği ile sabit olan şey de, delille sabit olan bir şey gibidir.

Ya da parayı teslim alan hayatta olur ve bu paranın hangi borç için verildiğine dair bir şey söyler, ödemeyi yapan kişinin mirasçıları da bu konuda onu doğrularlarsa, hüküm yine böyledir; açıklamanın ve doğrulamanın gereği ile hareket edilir.

Aynı kişinin, iki ayrı kişiden alacağı olduğunun tek senette yazılı olması

Bir kimsenin, bir belgede yazılmış olarak iki kişide bin dirhem alacağı olur, ve borçlulardan biri, diğer arkadaşının isteğiyle ona kefil olur, belgede yazılan borçtan beş yüz dirhemini öder, ödeme sırasında veya sonra bu paranın kefil olduğu kişi adına yapılmış olduğunu açıklarsa, yapılan bu açıklama geçerlidir; bu konuda onun sözü geçerlidir. Daha sonra, bu parayı almak için kendisine kefil olduğu kişiye başvurabilir. Çünkü ödediği malın sahibi odur. Yapmış olduğu açıklama da, yarar sağlayan bir açıklamadır. Bu açıklama kabul edilince, ödemeyi yapan kişi, kefillik borcunu ödemiş sayılır. Yaptığı ödeme için asıl borçluya başvurma hakkına sahiptir. Çünkü o, bu kişiye onun isteğiyle kefil olmuştur.

Şayet herhangi bir ödeme yapmadan diğer arkadaşı da onun isteğiyle kendisine kefil olursa, her iki borçlu da artık birbirlerinin kefilidirler. Ya da bu şekilde birbirlerine kefil olmuşlar veya alış-veriş, yahut borç alma sırasında -belgede de belirttiği gibi- karşılıklı kefil oldukları yazılmışsa, içlerinden biri herhangi bir ödeme yaptığında bu ödeme, arkadaşının payından değil, ödemeyi yapan kişinin kendi payı tamamlanıncaya kadar onun payı için yapılmış ödeme kabul edilir. Çünkü verilen bu parayı arkadaşı adına veya arkadaşı tarafından yapılmış bir ödeme gibi saymanın yararı yoktur. Örneğin iki borçludan her biri; "ben, isteğine dayanarak sana kefilim; senin, benim adıma yapacağın bir ödeme, benim kendi ödemem gibidir. Ben de, ödediğim parayı senin adına öderim. Şu anda bu parayı, senin adına ödenmiş bir para sayıyorum" diyebilir. Durum bu şekilde devam edip gidebilir.

Bir önceki durum bundan farklıdır. Orada ödemeyi yapan kişi, bu ödemenin arkadaşı adına yapılmış bir ödeme olduğunu belirttiğinde, diğer borçlu arkadaşını ona karşı çıkma, yapılan ödemenin arkadaşı adına yapılmış bir ödeme sayılmasını isteme hakkı yoktur. Çünkü diğer borçlu, ona kefil değildir.

Şayet kendi payından daha fazla bir ödeme yaparsa; bu fazlalık, kefil olduğu arkadaşı adına yapılmış sayılır. Çünkü diğeri, bu fazlalıkta ona karşı durma hakkına sahip değildir. O kendi payına düşeni ödeyerek artık kendi asıl borcundan kurtulmuştur. Asıl borçlunun borçtan kurtulmuş olması, kefili de bu borcun sorumluluğundan kurtarır.

Şayet borcun yarısını öderken, bu parayı arkadaşı adına yaptığını koşul koysa hüküm yine de böyledir. Yapılan ödeme, yarıyı geçmediği sürece ödenen para ödemeyi yapanın payından hesap edilir. Çünkü bu koşul, herhangi bir yarar sağlamaz. Arkadaşı ona karşılık verme, yapılan ödemeyi onun adına yapılmış bir ödeme saydırma hakkına sahiptir. **[20/83]**

Satın aldıkları bir malın bedeli olarak toplam bin dirhem borçlanan üç kişi, aynı zamanda birbirlerinin de kefili iseler; içlerinden birisi ödeme yaptığında bu ödeme, üçte biri geçmediği sürece, kişinin kendi payı için ödeme sayılır. Üçte biri geçtiğinde ise, bu fazlalık arkadaşları adına yapılmış olur. Bu parayı biri adına yapılmış, öbürü adına yapılmamış bir ödeme sayarak ayırımda bulunamaz. Çünkü kendisi onlara kefil olduğu gibi, diğer iki kişi de birbirlerinin kefilidirler. Bu konudaki beyanlar bölünemez. Eğer bu fazlalık, ikisinden birisinin payı için yapılmış bir ödeme sayılırsa, kendi payı için ödenen kişi de bunu, daha önce de açıklandığı gibi, diğeri adına ödenmiş bir para durumuna dönüştürebilir. Böylece aralarında çelişki meydana gelir. Bu nedenle yapılan fazla ödeme, her iki pay adına da yapılmış sayılır. Hem çelişki, hem de sağlanılması gereken eşitlik göz önünde bulundurularak, yapılan ödeme iki arkadaşı adına yarı yarıya yapılmış sayılır. Yaptığı ödemenin yarısını almak için içlerinden her birine başvurabilirler.

Birbirine kefil olan üç borçludan birisinin yaptığı ödeme

Eğer bu borçlular, birbirine kefil olan üç anlaşmalı köle ise ve içlerinden biri kitâbet (özgür kılınma anlaşması)[25] bedelinden bir bölümünü öderse, ödenen bu para, ister az, ister çok olsun, hepsinin özgür kılınma bedeli için ödenmiş sayılır.

Şayet ödemeyi yapan kişi, ödediği bu paranın kendi payı veya diğer iki arkadaşının payı, ya da arkadaşlarından birisinin payı için olmasını isterse, onun bu isteği geçerli değildir. Çünkü onlar, bu özgür kılınma anlaşmasında tek bir kişi hükmündedirler. Çünkü onlar tek bir kişi gibi kabul edilmezse, yapılan sözleşme geçerli olmaz.

Özgür kılınma anlaşmalı bir kölenin bir başkasına kefilliği ve anlaşma bedeline kefilliği geçerli sayılamaz. Özgür kılınma anlaşması yapan bir tek köle, ödediği parayı kendisi için paylar durumuna getirilmiş bir bölüm için yapılmış sayıp, öbür paydan saymasa, onun bu davranışı hiçbir anlam ifade etmez. İşte bu konu da onun gibidir. Bir önceki konu ise bundan farklıdır. Orada her bir borçlu borcun bir kısmında asıl, bir kısmında kefildir. Özgür kimselerin, satın alınan bir malın bedeli olarak bu şekilde borçlanmaları mümkündür. Böyle bir borçlanma geçerlidir.

Bu farkı şu şekilde açıklamak mümkündür: Özgür kılınma anlaşması ile ilgili konuda, ödenen para, özellikle ödemeyi yapan kişinin payı adına yapılmış bir ödeme sayıldığında efendinin koyduğu koşulun geçerliliğine son verilmiş olur. Çünkü o, bütün mal kendisine ulaşmadıkça içlerinden hiçbirinin özgür olamamasını koşul koymuştur. Eğer içlerinden biri, bütün bedelin üçte birini verdiğinde, bunu kendi payı sayacak olursak, ödemeyi yapan kölenin özgürlüğüne kavuşması gerekir. Çünkü bu kişi, ödemekle yükümlü olduğu kendine ait özgür kılınma anlaşması bedelinden kurtulmuş olur. Özgür kılınma anlaşması yapan bir köle, hangi yolla olursa olsun, ödemesi gereken bedelden kurtulur, temize çıkarsa; bu durum, özgürlüğe kavuşmasını gerektirir. Bu da, efendinin koymuş olduğu koşulu ortadan kaldırır. Onun için yapılan ödeme, hepsi adına yapılmış bir ödemedir. Bu hüküm, satın alınan malın bedeli için geçerli değildir; onda böyle bir durum yoktur. Çünkü böyle bir durumda verilmiş olan para, özellikle veren kişinin payı sayıldığında, satıcı bütün para kendisine ulaşıncaya kadar satış konusu olan malı alıkoyma hakkına sahiptir. Dolayısıyla yaptığı ödeme üçte biri geçmediği sürece, ödemeyi yapan kişinin payı için para ödenmiş sayılır.

Bir kimsenin, bir başkasında yüz dirhem alacağı olsa, borçlunun yanında da alacaklıya ait emanet olarak yüz dirhem para bulunsa ve alacaklıya yüz dirhem

---

[25] **Kitâbet/الكتابة (Mükâtebe / المكاتبة)** Efendisi ile kölesi arasında bir bedel üzerinden köleliğin sona erdirilmesi amacıyla yapılan akittir. Bu akit gereği üstlendiği bedeli ödediği anda köle hürriyetine kavuşur. Köle bu akdin gerçekleştiği andan itibaren tasarruf hürriyetine ve mal edinme hakkına sahip olur ve bu sayede kendi adına çalışır, kitâbet bedelini ödeyince de azad olur. Böyle bir akit yapan köleye "mükâteb" bu anlaşmaya "mükâtebe" veya "kitâbet", üzerinde anlaşılan ücrete de "kitâbet bedeli" denir.

ödeme yapsa, alacaklı; "bu para benim emanet olarak verdiğim para", borçlu da "bendeki emanet telef oldu; bu para, senin bendeki alacağındır" derse, geçerli söz; yeminiyle birlikte ödemeyi yapan kişinin sözüdür. Çünkü aralarındaki anlaşmazlık, ödenen paranın mülkiyeti konusundadır. Bu para, ödemeyi yapan kişinin elinde bulunan bir para olduğuna göre geçerli söz de, ödemeyi yapan kişinin "bu para benimdir", sözüdür.

Ayrıca bu kişi, emanet verilen para konusunda emanetçidir. Emanetin telefi konusunda kendisine haber verme imkânı sağlanmıştır. Dolayısıyla emanetin telefiyle ilgili söyleyeceği söz, geçerlidir. Geriye borç kalır. Alacaklıya borç miktarında yaptığı bir ödeme, bu borcu ödemek için yapılmış sayılır. Emanetin telef olduğuna dair yemin ettikten sonra, zimmeti bu borçtan kurtulmuş olur.

Ölüm hastalığı sırasında kefalet

[20/84]

Ölüm hastalığı sırasında (maraz-ı mevtte) borca kefillik, vasiyet gibidir. Kefil olanın borcu, bütün terekeyi kuşatacak miktarda ise, kefillik geçersizdir. Eğer kefillik, mirasçılardan biri lehine veya mirasçılardan birisi için yapılmışsa, bu kefillik geçersizdir. Eğer mirasçıların dışındaki bir kimse içinse, terekenin üçte birini geçen kısımda geçersizdir. Çünkü kefil olan, bağış yoluyla borcu üstlenmiştir. Dolayısıyla, hastalığı sırasında kendi mülkü olan bir malı başkasına vermiş gibidir. Ancak kefil, bu hastalığından iyi olup kalkarsa, üstlendiği kefillik, her durumda da geçerlidir. Çünkü peşinden sağlığın geldiği bir hastalık, sonuç itibarıyla sağlıklı iken olan kefillikle aynı hükmü taşır. Ölüm hastalığı denince, peşinden ölümün geldiği hastalık kastedilir. Ölüm hastalığı olmadığı anlaşılınca bu hastalık, asıl hükmü değiştiren bir hastalık olamaz. Ölüm hastasının, kendi mirasçısı lehine veya kendi mirasçısı adına geçerli değildir. Çünkü böyle bir kefillikte mirasçının yararı vardır. Ölüm döşeğindeki bir kimse, kendi mirasçılarından birisiyle ilgili olarak, mala yönelik yarar sağlayacak kullanımda bulunma konusunda ehliyeti kısıtlıdır.

Birisinin bin dirhem tutarındaki borcuna hasta yatağındaki birisi kefil olsa ve bütün malını kuşatacak derecede borç ikrarında bulunsa, mirasından, lehine kefil olduğu kişiye bir şey verilemez. Çünkü kefillik akdi, hibe (bağış) gibi teberrû ve iyilikte bulunma sayılır. Hastalık sırasındaki borç, ister ikrarla isterse delille sabit olsun, bağıştan ve yardımdan önce gelir.

Üç bin dirhemi bulunan bir hasta, bin dirhemlik bir borca kefil olsa, sonra da ölse, bu kefillik geçerlidir. O kişinin bıraktığı maldan bin dirhem alınır. Çünkü kefil olunan para, mirasın üçte birini geçmemektedir. Miras bırakan kişi, borçlunun isteğiyle kefil olmuşsa; mirasçılar, bu para için borcuna kefil olunan kişiye başvururlar. Nitekim bu kişi, hayatta iken birine kefil olduğunda da hüküm yine böyledir.

Bir kimse, sağlıklı günlerinde bin dirhem borca kefil olmuş, daha sonra da borçlu olarak ölmüşse, diğer alacaklılarla birlikte lehine kefil olunan kişiye de terekeden (bıraktığı maldan) pay ayrılır. Kendisine terekeden beşyüz dirhem verilir.

Daha sonra da kefil olunan kişi, borçlu olarak ölürse, lehine kefil olunan kişi, kalan beş yüz dirhem alacağı için onun terekesinden pay alma hakkına sahiptir. Çünkü bu miktardaki alacağı, kefilin terekesinden beşyüz dirhem aldıktan sonra, yine asıl borçlunun zimmetine bağlı kalmaya devam eder. Kefilin mirasçıları da, kefilin ödediği beş yüz dirhem için yine asıl borçlunun terekesinden pay alır. Çünkü bu parayı, kefil olduğu kişinin isteğiyle kefilliğin bir gereği olarak ödemiştir. Dolayısıyla bu para, kefil olunan kişinin borcu olarak diğer borçlar arasında yer alır.

Kefilin mirasçısı herhangi bir para alırsa, bu para kefilin alacaklıları arasında, alacakları oranı da paylaştırılır. Lehine kefil olunan kişi de, kalan alacağı oranında bu paradan payını alır.

Daha önce açıklanmış olan ve net sonuç vermeyen, küsurlu olarak devam eden (cezru'l-esam=kısır döngü denilen) konu budur. Sonuç, ancak yaklaşık olarak çıkabilir. Lehine kefil olunan kişi, kefilin mirasçısının elinden ikinci defa böyle bir para aldığında, kefilin mirasçısı da, kefil olunan kişinin terekesine yeniden başvurur. Dolayısıyla, ilk paylaşım bozulmuş olur. Artık tam kaydı mümkün olmayan en son noktaya kadar bu şekilde devam edilir.

Eğer birbirlerinin müfâvada (her açıdan eşit) ortağı olan iki kişinin her ikisi de ölse, geride bin dirhem para ve bin dirhem mehir borçları olsa, bin dirhem de mal bıraksalar; kalan mal, bu ikisi arasında yarı yarıya paylaştırılır. Alacaklı olan kişi, alacağı olan bin dirhem için dilediğinin malından pay isteyebilir. Çünkü ortakların her birinden bu bin dirhem borcun tamamı istenebilir. Bu paranın bir kısmı, asıl borçlu olması nedeniyle bir kısmı da kefil olması açısından istenir. Alacaklı, bu bin dirhem alacağı için dilediğinin terekesinden pay ister. Hanım da, mehri için bu mehir oranında terekede pay sahibi olur. Daha sonra alacaklı, geriye kalan alacağı, hanım da bin dirhem mehri oranından kendilerine düşen paradan pay alırlar. Şeyh'u-l İslâm Hâherzâde, konuyu böylece nakletmiştir. Bu kadın, mehrinden geriye kalan için terekeden pay alır. Mirasçılar ise, diğer kişinin terekesinden ilk alınan paradan herhangi bir şey almak için ona başvuramazlar. Ancak lehine kefil olunan alacaklı konumdaki kişi, malın yarısından daha fazla bir şey almışsa o zaman başvurabilir. Çünkü ölen ortaklardan her biri, borcun yarısında asıl borçlu konumundadır. Şayet alınan para, yarı ise veya yarıdan daha az ise, mirasçılar herhangi bir şey almak için diğer ortağın terekesine başvuramazlar. Şayet yarıdan fazla ise; o zaman bu fazlalıktan pay alabilirler. Çünkü bu fazlalık, ortağı tarafından kendi isteğiyle diğer ortak adına kefillik yoluyla ödenmiştir. Eğer bu paradan herhangi bir şey alırlarsa; alınan para, alacakları oranında ölen kişinin hanımının ve alacaklısınındır. Daha sonra da, sonucu net çıkmayan hesap (kısır döngü) devreye girer. Bu hesabın sonunu, daha önce de açıklandığı gibi, tam olarak bilmenin bir yolu yoktur. Alacaklı her para aldığında, ortaklığın geriye

[20/85]

bıraktığı terekeyle ilgili olarak bu paraya başvurma hakları vardır. Böylece, ilk paylaşım da bozulmuş olur.

Allahu Sübhanehû ve Teâlâ daha iyi bilir.

KEFİLİN, KEFİL OLUNAN BORCUN İÇKİ VEYA FAİZ BEDELİ OLDUĞUNU İDDİA ETMESİ

Bir kimse, bin dirhem borcu olan birine onun isteğiyle kefil olsa, daha sonra asıl borçlu ortada yokken, kefil bu bin dirhem borcun içki bedeli olduğunu iddia etse; o böyle bir dâvada taraf olamaz.

Çünkü o, geçerli bir kefillikle, alacağın kendisinden istenebilme sorumluluğunu üstlenmiştir. Bir kimse, kefillik yoluyla üstlendiği bir borçtan, asıl borçlu sorumlu olmadığında da sorumludur. Görmez misin bir kimse; "filanın filana olan bin dirhem tutarındaki borcuna, onun isteğiyle kefilim" der, asıl borçlu ise sözü edilen borcu inkâr ederse; asıl herhangi bir şey ödemek zorunda olmasa bile kefil, bu borcu ödemek zorundadır.

Bu ifadeden de açığa çıkıyor ki; burada, borcun içki borcu olduğuna veya borcun düştüğüne dair bir iddia yoktur. Dolayısıyla o, dâvada taraf olamaz. Bununla birlikte burada kefilin iki beyanı arasında çelişki vardır. Çünkü kefil, kefillik yoluyla borç üstlenmekle, asıl borçludan bu paranın istendiğini, onun bu borçla yükümlü olduğunu ikrar etmiştir. Müslüman olan bir kimseden içki bedeli olarak para istenemez. Dolayısıyla kefilin, borcun içki bedeli olduğuna dair sözünde çelişki vardır. Çelişkili bir dâva da, geçersiz bir dâvadır. Öyle ki, bu iddiasını doğrulamak için alacaklının ikrarda bulunduğuna dair tanık getirse bile, alacaklının inkârından sonra bu tanıklık kabul edilemez. Eğer alacaklının yemin etmesini isterse, ona yemin ettirilmez. Çünkü yemin istemek ve tanıklığın kabul edilmesi, geçerli bir dâva içindir. Ancak alacaklı bu konuda ikrarda bulunursa, o zaman çelişkili davranan odur. Eğer karşı taraf da onu bu ikrarında doğrularsa, iddiada çelişki bile olsa dâvalı tarafın doğrulaması geçerlidir. Ayrıca borcun asıl üstleniliş nedeni, borçlu ile alacaklı arasında geçmiştir. Kefil, yapılan böyle bir akitte taraf değildir. Sırf kefil olmakla bu akitte hukuki bir durum olduğunu kabullenmektedir. Şayet iddia ettiği durum, gerçekten varsa, kendisi bu borcun sorumluluğundan kurtulacaktır. Bunun ispatı, tanık getirerek mümkün değildir. Çünkü böyle bir tanık dinleme, ortada bulunmayan bir kimse aleyhinedir. Adına mahkemede hazır bulunan ve taraf olan birisi yoksa, ortada olmayan bir kimsenin lehine ya da aleyhine yapılan tanıklık kabul edilmez, geçerli değildir.

Bu durum, câriye satın alan birinin durumuna benzer; câriyeyi satın aldıktan sonra, (kusur nedeniyle geri verebilmek için) onun orada hazır bulunmayan bir

kimsenin hanımı olduğunu iddia eder ve bu konuda da tanık getirmeye kalkışırsa, o kişi bu konuda dâvacı olamaz. Tanıkları dinlenemez. Bu mesele de onun gibidir.

Bu konuda havale akdi de, kefillik gibidir. Şayet borçlu ile kefil, birbirlerinin kefili iseler hüküm yine böyledir. Çünkü asıl borç, bu kefilin borcu değildir. Dolayısıyla kefil, başkasının borcuyla ilgili bir dâvada taraf olamaz.

[20/86]

Bu ifade, daha önce işaret ettiğimiz, "Kefillik konusunda en doğru yol, kefilin asıl borçlunun yükümlü olduğu borcun kendisinden istenmesini üstlenmiş olmasıdır. Yoksa borcun aslını zimmetinde üstlenmesi demek değildir." şeklindeki hükmün açık ifadesidir.

Şayet kefil, borcu alacaklıya öder, ardından da kendisine ödeme yapılan alacaklı ortadan kaybolur, kefil olunan kişi (asıl borçlu) da hazır olur ve "bu borç, içki bedeliydi," der ve bu söylediğine delil getirirse, bu konuda asıl borçlu kefil ile dâvalaşamaz; parayı kefile ödemek zorundadır. Çünkü kefil, bu borcu sırf onun isteğiyle üstlenmiş ve ödemiştir. Dolayısıyla bu borç, nasıl bir borç olursa olsun kefil onu ödediğinde asıl borçluya başvurabilir. Kendisine kefil olunan kişiye; "alış-veriş yaptığın kişiyi çağırt ve onunla dâvalaş" denir.

Daha önce de açıklandığı gibi; böyle bir durumda dâvacı, kendisiyle ortada olmayan kişi arasında geçen bir işlemdeki nedeni iddia etmektedir. Orada olan kişi, olmayan adına taraf olamaz. Ayrıca dâva konusunda da asılla kefil arasında çelişki görülmektedir. Çünkü kefil olunan kişi, kefile kefillik yoluyla kendisine yönelik bir borcun istenme sorumluluğunu üstlenmesini emretmiştir.

Şayet alacaklı, bu kişideki alacağının içki bedeli olduğunu hakim huzurunda ikrar ederse; bu, asıl borçlunun borç yükümlülüğü taşımadığını ikrar sayılır. Bu durum, "benim asıl borçludan herhangi bir alacağım yok" demesi gibidir. Bu da, hem kefili hem de asılı, borç yükümlülüğünden kurtarır. Görmez misin alacaklı, asıl borçluyu borçtan kurtarırsa (ibra ederse), kefil de kurtulur. Borcun aslı, ikrar nedeniyle asıl borçlunun üzerinden düşerse, kefilden öncelikle düşer.

Şayet alacaklı böyle bir ikrarda bulunur ve hakim de kefilin borç sorumluluğunu ibra yoluyla düşürürse, daha sonra da kefil olunan kişi gelir ve bu borcun ödünç aldığı bir para nedeniyle olduğunu ikrar eder, alacaklı da kendisini doğrularsa, onun bu borcu ödemesi gerekir. Çünkü bu durumda alacaklı ile borçlu, her ikisi de borcun geçerli bir nedene dayandığı konusunda birbirlerini doğrulamışlardır. Onların bu şekilde birbirlerini doğrulamaları, kefilin sorumluluğuyla ilgili olarak doğrulanmaz. Çünkü onların sözleri, kefil aleyhine delil değildir. Kefil, alacaklının ikrarıyla ve ibrasıyla daha önce borç yükümlülüğünden kurtulmuştur. Borçlunun bu ikrarı, alacaklı lehine kefilin üstlenmiş olduğu borçtan başka, yeni bir borç ikrarı gibi kabul edilir ve kefillik kapsamında değildir.

Eğer Müslüman birisi, yine Müslüman birisine bin dirheme içki satsa, daha sonra alıcı bu borç için onu Müslüman birisine havale etse, yapılan havale geçersizdir.

Haram yolla elde edilen kazancın havalesi

Şayet böyle birine bin dirhem borç havalesinde bulunulsa, kendisine havale yapılan kişi de bu havaleyi kabul etse, daha sonra havalede bulunan kişi ortadan kaybolsa, kendisine havale yapılan kişi, kendi borcunun içki bedeli olduğunu söylese ve bu sözüne de delil getirse, bu konuda, alacaklı ile dâvalaşamaz. Çünkü o, havale edilen bu borcu üstlenmiştir. Üstlendiği borcu da ödemesi gerekir. Bu kişi, ortada bulunmayan kimse ile aralarında geçen akdin iptaline neden olacak bir iddiada bulunmaktadır. Hazır kişi ise, bu konuda onun dâvada tarafı olamaz.

Eğer ödemeyi yapar, daha sonra havalede bulunan kişi gelip duruşmada hazır olur, elinde de bu konuda delil olursa, asıl borçluyla dâvalaşır. Ödediğini almak için ona başvurur. Çünkü havaleyi onun isteği üzerine kabul etmiş ve ödemeyi de yapmıştır; haliyle ödediğini almak için ona başvurma hakkına sahiptir. Borçların karşılıklı takası kendisine havalede bulunulan kişinin borcu olduğunda mümkündür. Onun herhangi bir borcunun olmadığı ortaya çıkınca, ödediği parayı almak için havalede bulunan kişiye başvurabilir.

Şayet havalede bulunan kişi ortaya çıkana kadar ödeme yapmazsa, onunla dâvalaşır. Bu borcun içki bedeli bir borç olduğuna dair delil getirirse, hakim havale yapılan kişinin borcunu iptal eder. Çünkü o kişi, havale akdini havaleyi yapan kişiye olan bu borca bağlı olarak kabul etmiştir. Kendisine havale yapılan kişinin de borcunun olmadığı ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla havale akdi geçersizdir.

Şayet herhangi bir kayıt koymadan mutlak anlamda ona bin dirhemi havale etmişse, kendisine havale yapılan kişi, böyle bir iddiayla havale sorumluluğundan kurtulamaz; bu parayı ödemek zorundadır; daha sonra da ödediğini almak için havaleyi yapan kişiye başvurabilir. Çünkü kayıtsız bir havale, havale yapan kişinin kendisine havalede bulunulan kişiden alacağının varlığını, onun elinde kendisine ait mal bulunmasını gerektirmez. Ancak havale yapan kişinin, havalede bulunulan kişiden alacağı varsa, havale yapılan kişi, havaleyi yapana başvuramaz. Havale mutlak bir havale olduğunda borcu öder. Daha sonra ödediğini almak için havaleyi yapana başvurur. **[20/87]**

Bir kimse birisine bin dirheme köle satar, sonra da kendisinden alacaklı olan birisini köleyi sattığı alıcıya bu borcu için havale ederse, ardından da köle mülkiyet (istihkak) dâvasıyla birisi tarafından alıcının elinden alınır veya özgür olduğu ortaya çıkarsa, hakim kefilliği ve havaleyi iptal eder. Çünkü satıcı, alıcıya borç karşılığı havalede bulunmuş, borcun da nedeni ortadan kalkmış, var olmadığı ortaya çıkmıştır.

Şayet köle, ortaya çıkan bir kusur yüzünden geri verilirse, bu geri verme hakim kararıyla olsun veya olmasın, havale ve kefillik sona ermez. Geçerliliğini

korur. Teslimden önce kölenin ölmesi durumunda da, hüküm yine böyledir. Bu hüküm, biz Hanefilere göredir.

Züfer (rh.a.)'e göre, eğer havale bu borçla kayıtlanmışsa, geçersizdir. Onun görüşünün delili şudur: Havalenin kendisi ile kayıtlandığı bedel, alış-veriş akdi ayıp nedeniyle temelden bozulduğu için tamamen ortadan kalkmıştır. Bedelin yok olduğu ortaya çıkınca, havale akdi de sona erer. Asıl borçlunun borcunun olmadığı ortaya çıktığında da, hüküm yine böyledir.

Ancak biz Hanefîler şöyle diyoruz; bir havale akdi, herhangi bir borçla kayıtlı olarak geçerli olunca, akit bozulsa bile geçerliliğini korur. Havalenin geçerli olmadığı veya borçla kayıtlandıktan sonra borcun ortadan kalkmasıyla havalenin son bulduğu söylenemez.

Konuya, borcun ödenmesi gereği ve nedeni açısından bakıldığında, bunu açıklamada bir problem yoktur. Çünkü borç, o kişinin kendi borcuna değil sırf zimmetine bağlıdır. Haliyle bu para da, alacağı alma açısından zimmetteki borca bağlanamaz. Çünkü bir hakkı alma açısından onun borca bağlanması, ancak bu hakkın borçludan alınması mümkün olduğunda geçerlidir. Bir borcun, bir başka borçtan alınması, hesap edilmesi (mahsubu) ancak o borç için yeterli olduğunda kabul edebilir. Borç için yeterli olmazsa havale edilen borç, herhangi bir şekilde ona bağlanamaz. Dolayısıyla yapılan havale, geçerliliğini koruma açısından kayıtsız bir havale gibidir. Borcun ortadan kalkması, havaleyi geçersiz duruma getiremez.

Alacağın, emanet maldan alınması için havale

Eğer bir kimse alacaklısını, malını emanet (vedîa) bıraktığı birisine havale eder (alacağını o kişiden almasını ister) daha sonra da emanet mal telef olursa, havale akdi geçersiz duruma gelir. Çünkü burada borç, kendisinden alınma açısından emanete bağlanmıştır. Emanet, kendisinden borç alınması için uygun bir maldır. Dolayısıyla emanetin kayba uğraması, havaleyi geçersiz duruma getirir.

Bir kimse, birini bin dirhem tutarındaki borç için, aynı miktarda alacaklı olduğu birine havale etse, daha sonra da havale yapan kişi borçlu olarak ölse, kendisine havalede bulunduğu kişideki alacağı, diğer borçluları ile havale yapılan kişi arasında alacakları oranında paylaştırılır. Hanefîlerin çoğunluğuna göre; bu para, sadece havale edilmiş kişiye verilmez. Züfer (rh.a.)'e göre ise, para sadece havale edilen kişiye verilir. Çünkü havaleyi yapan kişi hayatta iken bu para için özellikle onu seçmiştir. Hatta havale ettiği kişi, bu parada asıl borçlunun kendisinden bile daha öncelikli duruma gelmiş, kendisi almak istese bile, bu konuda kısıtlı duruma düşmüştür. Dolayısıyla, havale yapan kişinin ölümünden sonra da parayı özellikle havale edilen kişinin alması gerekir. Bu durum, kendisine rehin verilen kişinin, rehin mal üzerindeki hak önceliğine benzer.

Ancak biz Hanefîlere göre, kendisine havalede bulunulan kişinin zimmetindeki para, havaleyi yapan kişinin malıdır. Çünkü havale akdiyle bu para, hemen havale edilen kişinin olmaz. Borç, borçlu olan kişiden başkasının

mülkiyetine geçmeyi kabul etmez. Dolayısıyla, asıl sahibinin mülkiyetinde kaldığına göre, alacaklılar arasında alacakları oranında paylaştırılır. Daha önce geçtiği gibi bu para, borçlunun elinden çıkmadığı sürece havale edilen kişinin hakkı, tümüyle ona bağlı duruma gelemez. O nedenle de havale edilen kişiyle diğer alacaklılar, eşit konumdadırlar. Havale eden kişinin bu parada herhangi bir işlemde bulunmasının engellenişi, paranın elden çıkmaya hazır durumda olduğu dikkate alındığı içindir. Çünkü para elden çıkınca, havale edilen kişi bu parada öncelikli duruma geçer. Bunun içindir ki, para herhangi bir kayba uğrarsa, havaleyi yapan kişinin hesabına, olarak kayba uğrar. Çünkü havale, bu paraya bağlı olarak yapılmıştır. Eğer emanet para veya mal mülkiyet (istihkak) dâvasıyla alınırsa, asıl sahibinden alınmış gibi olur. Havale edilen kişinin alacağı, yeniden havale eden kişinin zimmetine döner.

Allah daha iyi bilir.

BORÇ KARŞILIĞI HAPSETMEK [20/88]

Bir kişi, her çeşit borçla ilgili olarak hapsedilebilir. Ancak ana baba, çocuğuna veya dede-ninelerden biri, torununa olan borcu yüzünden hapsedilmez. Bunların dışındaki her borç için borçlu kişi hapsedilebilir.

Çünkü bu kişi, imkânı olduğu halde borcunu ödemeyip savsaklamakla, alacaklıya haksızlık (zulüm) etmiştir. Zulmeden bir kimse de, hapsedilebilir.

Hapis cezası da meşru bir cezadır. Çünkü İslâmın başlangıç günlerinde zina cezası olarak belirlenmiştir. Kur'ân-ı Kerim'de yerleşim merkezleri dışında yol kesiciler hakkında;

﴿ ... أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾

"...Veya yeryüzünde uzaklaştırılmalarıdır." buyurmaktadır. (el-Mâide 5/33).

Buradaki uzaklaştırmadan kasıt; hapis, (insanlarla ilgisini kesmek)tir.

Sahabîler döneminde hapishaneler

Yine Resûlüllah (s.a.v.) suçlama nedeniyle bir kimseyi hapsetmiştir., Ali (rh.a.)'de iki hapishane edinmiş, bunlardan biri Nâfi', diğeri Muhayyes diye adlandırılmıştır.

Kâdî Şürayh (rh.a.), gerektiğinde insanları hapsederdi. Nitekim, birisine kefil olan oğlunu, bu kefilliği nedeniyle hapsetmiştir.

Hakim, kendisine getirilen kişiyi hemen hapsedemez, ona; "kalk, alacaklıyı razı et, onun gönlünü et" der. Çünkü haksızlık, daha ilk anda gerçekleşmiş değildir. Ödeme yapmayan borçlu, hakim huzuruna bir-iki defa daha getirilirse o zaman hapis cezası uygular, borçluyu hapsederek sıkıştırır.

Babanın çocuğuna olan borcundan dolayı hapsedilmesi

Kıyas, anne veya babasından alacağı olan bir çocuğun, bu alacağı konusunda da hükmün böyle olmasını gerektirir. Ancak ana-baba ve onlar gibi olanların

borçları konusunda istihsan metodu kullanılmıştır. Bir baba, çocuğuna karşı bir suçtan dolayı cezalandırılmaz. Resûlüllah (s.a.v.)

لَا يُقَادُ الْوَالِدُ لِوَلَدِهِ

"Bir baba çocuğu için kısas cezasıyla cezalandırılmaz."[26] buyurmaktadır.

Haliyle, malına karşı işlediği suçtan dolayı da cezalandırılamaz. Çünkü bir babanın, çocuğunun malında hak sahibi olduğuna dair bir çeşit yorumda bulunmak mümkündür.

Ali (rh.a.)'nin iki hapishane edindiği konusundaki görüşünün açıklanışıyla ilgili olarak onun şu beyti nakledilmiştir:

Nâfi'den sonra Muhayyes'i yaptım diye,

Beni ince anlayışlı ve ileri görüşlü bulmuyor musun?[27]

Şa'bî (rh.a.) naklediyor: Bir kişi, Ömer b. Hattâb (r.a.)'a gelerek; "Ey mü'minlerin emiri bana süre tanı!" dedi. Ömer (r.a.)'de; "Neden?" diye sorunca, "Borçtan" diye cevap verdi. Bunun üzerine Ömer (r.a.)'in cevabı; "Hapis", oldu. Daha sonra da ona; "Sanki sen bu istemde haksızsın?" dedi. Bu nakil, hapis cezasının meşruluğunu belirtmek için anılmıştır.

Hapsedilen borçlunun borcu için malının satılması

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, hapsedilen bir kişinin malı, o hapiste iken borcu karşılığı satılamaz. Ancak borcu dinar (altın para) olur, kendisinin de dirhem (gümüş para) cinsinden parası bulunursa, bu para dinara çevrilebilir. Veya borcu dirhem cinsinden olur, kendisinde de dinar cinsinden para bulunursa, bu para da dirheme çevrilebilir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre, borç yüzünden hapse konulan kişinin malı, borcu karşılığında satılabilir. Bu, kısıtlama dâvası ile ilgili konulardandır.

Daha sonra, Ömer (r.a.)'in insanlara bir konuşma yaptıktan sonra Cüheyneli Esfâ' dolayı ile ilgili olarak şöyle dediği nakledilir: "Borcuna bağlılığı ve emanetinden kendisine Sebeka'l-Hâc (Hacıları Geçti) denmesinden hoşlandı, borçlandı; ödemeye gelince savsakladı, böylece borcu birikti. Şimdi kimin onda alacağı varsa bize gelsin. Mallarını satıp bedelini alacaklıları arasında pay edeceğim. Borçtan sakının. Onun öncesi keder, sonu kavgadır, harptır."

Bu sözü ne güzel söylemiş. Borç, düşmanlığa nedendir. Özellikle de zamanımızda. İnsanları birbirini öldürmeye kadar götürüyor. Ayrıca mal kaybına da neden olur; özellikle de iflas edenlerle borç ilişkisine girmek.

Sözü edilen "harp"ten kasıt, can kaybına neden oluşudur.

---

[26] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/16; Tirmizî, Diyat 9; Hakim, Müstedrek, IV/410; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/39.

[27] ألا ترانى كنتنا نكتنا نبت بغد ما مع محسنا

Hakim borçluyu hapsetmiş, hapsedilen kişi de ödeyecek parası olmadığını, zor durumda olduğunu iddia etmemişse, anlaşılacağı gibi onu serbest bırakmaz. Eğer maddî açıdan zor durumda olduğunu iddia ediyorsa, durumuna bakılır: Eğer borç, yaptığı alış-veriş nedeniyle ödenmesi gereken bir borç ise, bu iddiasında doğrulanmaması gerekir. Çünkü görünüş, kendisini yalanlamaktadır. Şüphesiz o, bu malı alırken bedelini de göz önünde tutarak almıştır.

Hapsedilen borçlunun yoksul olduğunu iddia etmesi durumunda yapılacak işlem

Eğer alış-verişin dışında, mehir, hul' bedeli[28], kefillik ve sulh bedeli gibi meşru bir nedenle borçlanmışsa, Hanefî âlimleri (rh.a.) farklı görüşler öne sürmüşlerdir:

İçlerinden bir kısmı; "iddiası doğrulanır, hapsedilmez. Çünkü asıl olan malın yokluğunu ileri sürmüş, ona dayanmıştır. Bu konuda geçerli söz de onun sözüdür" demişlerdir. **[20/89]**

Bir kısmı da; "doğrulanmaz. Çünkü seçerek ve isteyerek borç üstlenmesi, ödeme gücünün varlığına delildir. Eğer malın telefine neden olmak ve benzeri bir nedenle hakim kararıyla ödenmesi gereken bir borç ise, iddiasında doğrulanması gerekir" demişlerdir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bir kimse, iki ay süreyle hapsedilmişse; hakim, kendisine maddî durumunu, ne yapmayı düşündüğünü sormalıdır. İsterse bu soruyu ona daha ilk hapsedildiğinde de sorabilir. Bu konuda takdir yetkisi hakime aittir. Şayet kısa bir süre sonra tanıklar onun ödeme imkânının olmadığını, maddî sıkıntı içinde bulunduğunu söylerlerse, onu serbest bırakabilir. Daha sonra malının bulunduğunu söylerlerse, bu kişinin yeniden hapsedilmesini de emredebilir. Böylece o kişi, işlediği suçun cezasını çeker. Çünkü olabilir ki bu kişi, malını gizler ve insanları dış görünüşüne tanık eder. Böylece başkalarının hakkının yitirilmesine neden olur.

Eğer insanlar, hapsedilen bir kimsenin fakir olduğunu söylerlerse, hakim onu hapisten çıkarır. Biz Hanefîlere göre, alacaklıların onu kovuşturmasını da engellemez.

Züfer (rh.a.)'e göre, hakim onu alacaklıların kovuşturmasına engel olur. Çünkü o, Allahu Teâlâ'nın süre verdiği bir kimsedir. Eğer bu süreyi alacaklının kendisi verseydi, onu kovuşturmaya hakkı olmayacaktı. **İcra takibi durumu**

Biz de böyle diyoruz. Bu kişi, maddî varlık elde etme anına kadar süre tanınmış birisidir. Borcunu ödeyecek maddî bir varlığa sahip olması ise her an umulabilen bir şeydir. Dolayısıyla alacaklı, onun ihtiyacından fazla bir mal bulabilir veya bir şey kazanabilir umuduyla onu kovuşturabilir. Evinin ihtiyacından fazlasını ondan alabilir.

---

[28] Bir adamın hanımına, şu kadar parayı getirirsen boşayacağına dair anlaşma (muhâlaa, hul') yapmış ise bu anlaşmadaki paraya hul' bedeli denir.

Kefilin hapsedilmesi

Hapsetme konusunda borca kefil olan bir kimse ile asıl borçlu arasında bir fark yoktur. Çünkü borcu ödeme emri, asıl borçluya yöneltildiği gibi kefile de yöneltilmektedir.

Kelbî ve Muhammed b. İshak nakleder ki; Resûlüllah (s.a.v.), Benû Kureyza'yı Sa'd (r.a.)'ın hükmüne razı oluncaya kadar Hâris'in kızının evine hapsetmiş, onları kuşatma altına almıştır. Daha sonra da boyunlarını vurdurmuştur.

Hapis cezasının meşru bir ceza olduğu anlaşılınca; kefil, kefillik borcu nedeniyle hapsedilmişse o da, hakkını almak için isteğiyle kendisine kefil olduğu kişiyi hapsettirme hakkına sahiptir. Aynı şekilde alacaklı, kefili kovuşturursa, o da asıl borçluyu kovuşturabilir. Çünkü bu borcu ödemeyi, asıl borçlunun isteğiyle, sonuçta onun malından verilmek üzere üstlenmiştir. Dolayısıyla asıl borçlu, kefil olan kişiyi bu mal yükümlülüğünden kurtarmak zorundadır. Öyle olunca da, onu kovuşturma hakkına sahiptir. Kefil, ödeme yapmadıkça asıl borçludan para alamaz. Çünkü ona başvurma hakkı, ona borç veriş hükmüne dayanır. Bu hukuki sonuç da ödeme yapınca gerçekleşir.

Borcu yüzünden tutuklanan kişinin, başka borcunun ortaya çıkması

Bir kimse, borcu yüzünden hapsedilir, başka bir alacaklısı daha gelir ve alacağını isterse, hakim onu hapisten çıkarır; alacak iddiasında bulunan bu kişi ile zanlıyı mahkemede bir araya getirir, yüzleştirilirler. Zanlı borcunun olduğunu ikrar eder veya iddia sahibi delille ispat ederse, hakim onun ismini de hapse neden olan ilk alacaklı ile birlikte kayda geçirir. Çünkü kayda geçirmezse, yazmayacak olursa, hakim tutuklunun bir kişiye olan borcundan dolayı tutuklu olduğunu zannedebilir. Gerektiğinde de onu serbest bırakabilir. Bu ve benzeri nedenlerledir ki, adını kaydeder. Her iki borcu da ödemeden kendisini salıvermez.

Şayet hakim, hapsettiği kişinin iflasını ilân ederse, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre onun başkaları lehine yaptığı ikrar geçerlidir.

Hakimin borçlunun iflasına karar vermesi

Daha sonra Ebû Yusuf (rh.a.) bu görüşten dönmüş ve; "hakimin böyle bir kişinin iflasını ilân etmesi geçerlidir. İşte bundan sonra yaptığı ikrar, alış-veriş, malında yapacağı diğer hukuki işlemler geçersizdir. Ancak köleyi özgür kılma, boşama, evlenme ve nesep ikrarı geçerlidir." demiştir.

Ancak Ebû Hanîfe (rh.a.), bu konuda kıyas metodunu terketmiş ve ikrarı geçerli görmüştür. Muhammed, Kadı Şürayh, İbrahim en-Nehaî ve İbn Ebû Leyla (rh.a.)'nın görüşü de böyledir.

"İflas" ile hakimin kastettiği; o kişinin kazanç elde etmekten âciz duruma düştüğünü ilân etmesi, onu ölüm döşeğindeki kişi hükmünde kabul etmesi, alacaklıların hakkının bu kişinin var olan malına bağlandığına karar vermesidir. Bu da, bir çeşit kısıtlılık getirmedir. Her ne kadar Ebû Hanîfe (rh.a.) kısıtlılık getirmeyi

[20/90]

câiz görmese de Ebû Yusuf ile Muhammed (rh.a.) bunu geçerli görmektedir. Borçluyu hapsetmek, onun iflâsının ilân edildiği anlamına gelmez. Çünkü bir kişi,

hakkında hapis kararı verilmesi de, o kişinin acze düştüğüne değil, borcu ödeme gücüne sahip olduğuna delildir.

Hapsedilen borçluya işkence durumu

Borcu yüzünden hapsedilen bir kimse dövülmez, bağlanmaz, ayakta dikili kalmak zorunda bırakılmaz, ücret karşılığı zorla çalıştırılmaz... Bunlar, İslâmın istemediği sıra dışı cezalardır. Ödeme imkânı olan kişinin hapsedilmesi, onu borcunu ödemeye zorlamaktır. Her ne kadar böyle bir ceza verilebileceği konusunda dinî delil varsa da, bu cezaya ek olarak başka ceza da verilebileceğine dair delil yoktur. Abdullah b. Mesûd (r.a.)'un şöyle dediği nakledilir:

لَيْسَ فِي هَذِهِ الْأُمَّةِ صَفْدٌ وَلَا قَيْدٌ وَلَا غِلٌّ وَلَا تَجْرِيدٌ

"Bu ümmette, kelepçe takma, zincir, pranga vurmak ve kişiyi soymak yoktur."[29] Safd, ellerin bağlandığı şeydir.

"Ayakta kalmak zorunda bırakılmaz" sözünden kastedilen, "Küçük düşürmek için alacaklının önünde ayakta durması emredilmez" demektir. Bu da bir çeşit cezalandırmadır.

Kendi isteği olmadan zorla ücret karşılığı çalıştırılamaz. Çünkü bu da bir çeşit kısıtlılıktır. Böyle zoraki kiralama işlemi, malında câiz olmadığına göre kendisinin zorla kiralanması ve çalıştırılması öncelikle doğru değildir.

Ana babanın, çocuğun nafakası için hapsedilmesi

Ana baba, çocuğun nafakası için hapsedilebilir. Nafaka yükümlülüğü, borca benzemez. Çünkü çocuğun nafakasını sağlamak, çocuğu ölümden korumak için konulmuş dinî bir yükümlülüktür. Nafakayı sağlamadan kaçınan bir kişi, çocuğun yok olmasını kastetmiş gibidir. Çocuğunun ölümünü kasteden kişi de hapsedilir. Borcun durumu ise, bundan farklıdır. Çünkü borçta, çocuğun can kaybına neden olma korkusu yoktur.

Tutukluya, ceza evinde uygulanacak tutum

Borç yüzünden hapsedilmiş bir kimse, ne cuma namazı, ne bayram namazı ne de hac ibadeti için ve ne de, ölene ister yakın ister uzak olsun, cenaze namazı için hapisten çıkarılamaz.

Çünkü bir süre sonra kurtulacak şekilde hapsedilmemesi gerekir ki, bu caydırıcı olsun, içerde sıkılsın ve bir an evvel borcunu ödesin. Eğer, ara sıra çıkarsa, o zaman hapisten sıkılmaz, rahatsızlık duymaz. Bunun içindir ki, sert zeminli bir yere hapsedilir. Hapiste kalan kimse için döşek serilmez. Minder konulmaz. Konuşması, arkadaşlık etmesi için yanına hiç kimsenin girip-çıkmasına izin verilmez. Çünkü hapisten beklenen, kişinin içerde sıkılmasıdır.

İki ay veya daha fazla süre geçer, bu arada hakim hapsettiği kişinin durumunu el altından araştırıp sordurur; güvenilir bir kimse, tutuklunun mal

---

[29] Abdurrezzak, *Musannef*, VII/373; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, IX/340; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/326.

varlığının olmadığını haber verirse; o da, hapsettiği kişiyi salıverir. Alacaklılarının onu kovuşturmasına engel olmaz.

Şayet tanıklar, bu kişinin varlıklı olduğuna veya yetecek derecede malının bulunduğuna tanıklık yaparlarsa, yaptıkları tanıklık geçerlidir. Gizli soruşturma bırakılır. Çünkü hapisteki kişi için yapılan soruşturma, onun durumunu anlamak içindir. Tanıkların tanıklığıyla durumu açığa çıktığına göre, maddî durumunun nasıl olduğunu anlamak için ayrı bir araştırmaya gerek yoktur.

Birden çok kişiye borcu olan tutuklunun, borçlardan birisini ödemesi

Hapisteki bir kimse, iki alacaklısından birisinin borcunu öderse, diğer alacaklısının borcunu da ödemedikçe hapisten çıkamaz. Çünkü yaptığı haksızlık (zulüm) devam etmektedir.

Bir kimsenin borcu bir dirhem, hatta daha az olsa bile, bu borç yüzünden hapsedilebilir. Çünkü bir dirhem veya daha az borcu ödemeyen bir kimse de haksızlık yapmış, karşıdakine zulmetmiş sayılır.

Borç yüzünden hapsedilen kadınların, kadınlara ait bir oda veya koğuşta hapsedilmesi gerekir. Fitneye neden olmaması için kadınların yanında erkek bulunmaz.

Hapsedilen bir kişinin yanına kardeşlerinin veya ailesinden birisinin girmesine engel olunmaz. Çünkü onlara danışmak, borcun ödenmesi konusunda bilgi alışverişi yapmak için hapsedilen kişinin buna ihtiyacı vardır. Ancak bu kişilerin onun yanında, onlarla kaynaşacak, yalnızlığını giderecek derecede uzun süre kalmasına fırsat verilmez.

Efendisiyle özgür olma anlaşması yapan bir köle, efendisine olan anlaşma bedeli borcu yüzünden hapsedilmez. Çünkü bu kişi, henüz köledir. Hapsedilmesi uygun değildir. Görmez misin, bu borcu ödeyemeyeceğini söyleyip, aczini belirterek üzerindeki borcu düşürebilir.

Mükâtep köle, mükâtebe anlaşması bedeli dışındaki bir borç için hapsedilebilir. Bazı âlimler "Bununla, efendiden başkasına olan borcu yüzünden kölenin hapsedilebileceğini kastetti" derler.

Bir kısım âlimler; "efendisine olan borcundan dolayı da hapsedilebilir. Mükâteb bir köle, efendisiyle olan ticârî işlemlerde yabancı gibidir" demişlerdir. Birinci görüş daha doğrudur.

Mükâteb kölenin efendisinde gıda maddesi alacağı varsa, kendi anlaşma bedeli de dirhem cinsinden para ise, efendi, kölenin borcu yüzünden hapsedilebilir. Çünkü o, bu alacağını efendiden istemek ve almak için ona yönelik dâva açma hakkına sahiptir. Bir köle, kendi kazancıyla ilgili konuda efendisine karşı yabancı gibidir.

[20/91]

Ticarete izinli ve borçlu olan bir kölenin durumu da böyledir. Onun da, efendisinde alacağı varsa, efendisi bu borç yüzünden hapsedilebilir. Ancak efendinin hapsi, kölenin hakkı için değil, onun alacaklılarının hakkı içindir.

Borcu için çocuğun hapsedilmesi

Ticaretle uğraşan aklı eren (mümeyyiz) bir çocuğun durumu da, hapis konusunda yetişkin kimse gibidir; yani hapsedilebilir. Çünkü onun da, kullarla ilgili hukuku yerine getirmesi gerekir. Bundan dolayı hesaba çekilebilir. O da, başkasına karşı haksızlık yapabilir.

Başkasının malına zarar veren, babası veya vasîsi bulunan bir çocuk da telefine neden olduğu malın değerini öder. Böyle bir zarardan kendisini kurtaramaz. Bu sözlerle, hapis kastedilmiştir. Ancak Muhammed (rh.a.) çocuğun veya babanın, ya da vasînin hapsedilmesi konusunu belirtmedi. Doğrusu, çocuğun velisinin böyle bir borç yüzünden gerektiğinde hapsedilebileceğidir., Muhammed'in *el-Asl* isimli kitabında, buna işaret eden bir ifade vardır. Orada hapsi, zulümle kayıtlamıştır. Çünkü zulüm, malı ödemekle sorumlu olan kişi tarafından gerçekleştirilir. Böyle bir sorumluluk da, çocuğa değil velisine aittir.

Bazı âlimler de, cezalandırma yoluyla değil de, terbiye etme yoluyla bu hapsin çocuğa verilmesi gerektiği kanısındadırlar. Böylece çocuk, bu tür haksızlıklara cesaret edememiş olur, demişlerdir.

Ancak böyle bir şey, haksızlık nedeni kasten işlenildiğinde olur. Yanılma ile meydana gelmiş bir davranış yüzünden olamaz.

Âkileden[30] bir kimse, diyet borcu yüzünden hapsedilemez. Aleyhlerinde mahkeme kararıyla verilen organ diyetini (erş) ödemeyle ilgili konularda da hapsedilmez. Bu para, kendilerine devlet tarafından verilen paralardan, onlar istemese bile, kesinti yapılarak alınır. Çünkü diyet, ellerindeki maldan değil, kendilerine verilen atıyyeden (maaştan) ödenir. Böylece, diyet ödemeye ehil kimseler olsalar bile, kan dâvasını önleme, bu kişilerce gerçekleşmiş olur. Eğer âkile, devlet tarafından maaş verilen kimseler değilse, bu paranın mallarından ödenmesi gerektiğine karar verilir. Bu durumda, âkileye üye fertler, ödemeye yaklaşmadıklarında hapsedilebilirler.

İnsanlara korku ve dehşet salarak ellerinden malını alan kimseler (zâ'irler) de tevbe edinceye kadar hapsedilirler. Bu kimseler de, kırsal kesimdeki yol kesici, eşkıya gibidir. Kurân'da bu kimselerin hükmünü Allahu Teâlâ,

---

[30] **Âkıle / العاقلة** : Sözlük diyet manasına olan "akl" türemiş bir kelime olup "diyet ödeyen topluluk" anlamına gelir. Dini bir terim olarak; bir kasıt olmaksızın işlenen cinayetin diyetini ödemekle yükümlü olan kişilerdir. Bunlar genelde katilin, kabîle ve aşiret gibi mensubu bulunduğu topluluk fertler veya suçlunun da aralarında bulunduğu bir kütükte yazılı olanlardır. Bir birlik sancağı altında hareket eden, belli bir kütükte yazılı olan belirli maaş veya prim alan, muharip sınıfından olan kimselerin hepsi âkıle olur. Bunların hiçbiri yoksa hazine akıle işlevi görür.

﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾

"Allah ve Rasûlüne karşı savaşanların... cezası..." (el-Mâide 5/33) âyetinde bildirilmiştir:

Babası ve vasîsi olmayan bir çocuk, bir kimsenin malını telef etse, kendisinin de evi, kölesi ve eşyası olsa, çocuk hapsedilmez. Bu durumda, onun hakkında hakim karar verir; dilerse, mallarından bir kısmını satması, alacaklıya hakkını ödemesi için vekil atar.

Eğer çocuğun babası veya vasîsi varsa, bunların yapacağı satış geçerlidir. Bu kişiler, hapsedilmezler. Doğru olan; daha önce de geçtiği gibi, borç ödemekle sorumlu olan kişinin hapsedilebileceğidir. Bir çocuk, ancak terbiye için hapsedilebilir.

Müslüman ve zimmînin biribirlerine olan borçlarından dolayı hapsedilmeleri

Müslüman olan bir kimse, zimmîye olan borcu yüzünden; zimmî de, Müslümana olan borcu yüzünden hapsedilebilir. Düşman ülke vatandaşı olup, güvence alarak İslâm ülkesine giren bir kimse, borç yüzünden hapsedilebildiği gibi, ona borcu olan kişi de hapsedilebilir. Çünkü zulüm ve haksızlığın herkes tarafından gerçekleştirilmesi ve herkese karşı yapılması mümkündür.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

KEFİLİN BORÇTAN KURTARILMASI VE ONA BAĞIŞTA BULUNMA

Eğer alacaklı, kefile; "Falanın bana olan borcuna kefil olmuştun; artık böyle bir borç sorumluluğundan kurtuldun" derse (ibra ederse); bu, alacaklının alacağını almış olduğunu ikrar sayılır. Kefil de bu parayı almak için, kefil olduğu kişiye başvurabilir.

Çünkü alacaklı, borçludan asıl borçlu ve kefil kanalıyla alacaklıya da geçen bir aklanma (berâet) haberi vermiştir. Böyle bir geçiş de, borcun ödenmesiyle mümkündür. Çünkü ibra, asıl borçludan alacaklıya geçmektedir.

İbra için kullanılan sözcükler

Alacaklının; "borcu bana ödedin", "bana ödemeyi yaptın" veya "senden teslim aldım"... gibi sözlerinin hükmü de böyledir.

Bu konuda, havale akdinin hükmü de kefillik gibidir.

[20/92]

Şayet alacaklı; "seni ibra ettim" derse; bu, alacağını aldığına dair bir ikrar sayılmaz. Bu parayı asıl borçludan alma hakkına sahiptir. Çünkü yapılan fiili, borçluya geçecek şekilde kendisine dayandırmıştır. Bu da, üzerindeki borcu düşürmekle mümkündür.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre; "borçtan kurtuldun" der, "bana olan" ifadesini kullanmazsa; bu, alacağını teslim aldığını ikrar sayılır. Çünkü bu kişi, kendisine

borçlu olan kimseyi borçtan kurtulma niteliğiyle nitelendirmiştir. Dolayısıyla söylediği söz, bu borçtan kurtulmak için herkesçe bilinen nedene dayandırılır. Bu neden de, borcun ödenmesidir.

Muhammed (rh.a.)'e göre, böyle bir söz, "seni borçtan kurtarıyorum" sözü gibidir. Her iki anlama da olasılığı vardır. En yakın olan anlama kullanılmış sayılması önceliklidir. Görmez misin asıl borçluya başvurma ihtiyacı, şüpheyle sabit olmaz.

Bu konu, Muhammed (rh.a.)'in *el-Câmi*'inde geçmiştir.

Hakkını helal etme, bir kimseyi borçtan kurtarmaya (ibraya) benzer. Çünkü bir borç, helal etme ile nitelendirilmez. Helal olma niteliği, borcun kastedildiği mal için kullanılır. Bu söz de geleneğe göre, borçtan vazgeçilmesi yerine kullanılır. Bir kimse, ne zaman alacağını helal ediyorsa, esasen bu alacak hakkını düşürmüştür. Sanki bu ifadeyle o; "benim senin malında bir hakkım yok" demek istemiştir. Şayet ona böyle bir şey deseydi, bu mutlak anlamda bir ibra olurdu. Helal etme de onun gibidir.

Vekilin kefili ibra etmesi

Kendisine havale yapılan kişi, bütün bu konularda kefil gibidir. Eğer alacaklı, alacağını teslim almak için vekil atasa, vekil de kefile; "bana yapacağın ödemeden kurtuldun" dese, bu sözü alacağını teslim almış olduğunu ikrar sayılır. Dolayısıyla yaptığı ikrar geçerlidir.

Eğer vasî, kefile; "seni ibra ettim" veya "bu parayı helal olmuş bil" derse, onun bu ibrası veya helal etmesi, geçerli değildir. Çünkü böyle bir şey, karşı taraf için yapılan bir iyilik sayılır. Vasînin, vasiliği altındaki kişinin malından iyilik yapma yetkisi yoktur. Sırf aleyhe olan bir kullanımda bulunamaz.

İbranın tanımı

Bunun gibi; ticaretle uğraşan aklı eren (mümeyyiz) bir çocuk, ticarete izinli bir köle veya özgür olma anlaşmalı bir köle, borca kefil olan kimseye böyle bir şey söylerlerse, önceden de belirtildiği gibi, geçerli değildir.

Kefilin ibrayı reddetmesi

Eğer alacaklı, kefili ibra ederse; kefil bu ibrayı kabul etmeye yaklaşmasa bile o borçtan kurtulur. Bu durum, bağıştan (hibeden) farklıdır. Çünkü ibra, alacaklının kendi hakkını bütünüyle düşürmesidir. Çünkü kefilin üstlendiği, yalnızca borcun kendisinden istenme hakkıdır. Bu da, başka hak düşürmeleri gibidir. Kabul edilmemekle geçersiz olmaz. Asıl borçlunun yükümlülüğü ise bundan farklıdır. Çünkü borcun aslıyla o yükümlüdür. Böyle bir şey ona söylendiğinde, bu alacağın onun mülkiyetine geçirilmesi anlamına gelir. Çünkü onun ödemek zorunda olduğu borç, kendi mülkünden ödenmesi gereken ve aynen belirlenmesine ihtiyaç olmayan sabit bir haktır. Bu sözüyle o, asıl borçlunun ödeme yapma yükümlülüğünü düşürür. Böylece, bir açıdan ödeme zorunluluğunu düşürme olduğu gibi, bir başka açıdan da bu parayı onun mülkiyetine geçirme, devretme sayılır. Her iki şıkka da gerekli değer verilmiş olur. Dolayısıyla, bu esastan hareketle borç düşürmesine benzeme açısından kabule ihtiyaç olmadan geçerli, mülkiyete

geçirmeye benzemesi açısından ise reddedilince geçersiz sayılması gerekir. Sırf devir ile mülk edilmiş olmaz, işlemin kabulü gerekir.

Borcun kefile bağışlanması (hibe edilmesi) da, bunun bir benzeridir. O da, kefil tarafından kabul edilmediğinde geçersiz sayılır. Nitekim asıl borçluya bağışlandığında da, hüküm böyledir. Çünkü hibe, başkasına bağış yaparak malı ona devir için kullanılan bir ifadedir. Asıl borçluya bağış yapılabildiği gibi, kefile de bağış yapılabilir. Çünkü bir alacağı borçludan başkasına bağış etmek geçerlidir. Bağışladığı kimseye bu alacağı alma yetkisi verdiğinde, bağışlanan kişi bu parayı, genel anlamda borçludan alma hak ve yetkisine sahip olur. Alacaklı bunu yapabileceği gibi, bağışta bulunmanın bir gereği olarak, alacağını borçlunun mülkiyetine de geçirir. Böyle yapmak mümkün olduğuna göre borç, borçluya bağışlanmış olur. Çünkü alacaklı, bu parayı havale yoluyla borçluya nakletme yetkisine sahiptir. Yaptığı işlemin geçerli sayılabilmesi için böyle yapılması gerekir.

Yapılan bağışın kefil açısından geçerliliği doğru olduğuna göre, bağış akdinin bir gereği olarak asıl borçlu açısından da aynı uygulamanın yapılabilmesi gerekir. Daha önce açıklandığı gibi alacaklı, asıl borçluyu borcundan ibra etse; bu ibra, kabule ihtiyaç olmadan da geçerli sayılır. Ancak bu mülkiyeti geçirme anlamı olduğundan, hibe reddedilmekle geçersiz duruma gelir.

Alacaklı, borcu bağışlar (hibe eder), ancak borçlu borçtan kurtulduğunu bilmeden ölürse; hem hibe yapıldığında hem de ibra edildiğinde borçlu bu borçtan kurtulmuş sayılır. Çünkü böyle bir işlem, kendisi açısından da tamamlanmış bir işlemdir. Ancak bağış, kabul edilmeyip reddedildiğinde geçersiz olabilen bir yapıya sahiptir. Ne zaman ki, bağışlanan kişi ölmüş, reddetme imkânı ortadan kalkmışsa, hibenin geçerliliği kesinlik kazanmıştır. Öyle ki, bu parada yapılacak bir işlem, kendi mülkünde yapılmış gibi geçerlidir. [20/93]

Borçlu olarak öleni ibra etmek

Bunun gibi, eğer alacaklı ölen borçluyu borcundan ibra etse veya alacağını ona helal etse bu, geçerli sayılır. Çünkü bu kişinin alacağı, hükmî olarak ölenin malı üzerinde varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla onu düşürmek mümkündür. Eğer mirasçılar, bağışı kabul etmediklerini söylerlerse, buna yetkileri vardır. Böyle bir durumda borcu terekeden öderler. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre, bu durumda kefil borcun yükümlülüğünden kurtulur.

Muhammed (rh.a.)'e göre, mirasçıların böyle bir söz söyleme hakları yoktur. O, şöyle der: Böyle bir şey, mirasçılar açısından yalnız bir hak düşürmesidir. Çünkü gerçekte bu kişilerin borcu yoktur. Onların sorumlu olduğu, sadece bu borcun kendilerinden istenebilmesidir. Bu yüzden mirasçı da kefile benzer. Kefil kabul etmeyip reddettiğinde bile bağış ya da ibra geçerliliğini koruduğuna göre, mirasçı açısından da durum böyledir.

Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle der: Borç varlığını sürdürmektedir. Bağış, ölümden sonra terekeye bağlı duruma geldiğinden bu borç belli bir mala benzer. Böyle bir

durumda başkasının mülkiyetine geçirmeye doğru yönelmiştir. Ölümle mülkiyet, mirasçılar lehine gerçekleşmiştir. Dolayısıyla onların bağışı kabul etmeyip reddetmeleri ile geçersiz duruma gelir. Nitekim alacaklı yaptığı ibrayı bizzat mirasçılara dayandırarak söyleseydi, hüküm yine böyle olurdu.

Alacaklının alacağını borçluya bağışlayıp, borçlunun kabul etmemesi durumunda kefilin durumu

Şayet alacaklı, alacağı olan malı asıl borçluya bağışlasa; o da, bunu kabul etmese borç yükümlülüğü devam ettiği gibi, kefilin kefillik sorumluluğu da devam eder. Çünkü borçluya yapılan bağış, kefile yapılan bağış gibidir. Şayet böyle bir bağışı kefile yapsaydı, o da kabul etmeseydi bu borç konusundaki sorumluluğu devam ederdi.

İbranın durumu ise, bundan farklıdır. Borçlu yapılan borçtan kurtarılmayı (ibrayı) kabul etmese bile, kefilin borç sorumluluğu yeniden geri dönmez. Çünkü alacaklının borçluyu ibrası, kefili ibrası gibidir. Tek taraflı bir işlemdir. Reddedilmekle geçersiz duruma gelmez. Burada da hüküm öyledir.

Kefile yapılan bağıştan sonra asıl borçlunun sorumluluğu

Eğer borç kefile bağışlanmış, kefil de bu bağışı kabul etmişse, daha sonra bu parayı almak için asıl borçluya başvurabilir. Çünkü o, bu paraya bağış yoluyla sahip olmuştur. Sanki alacaklıya ödemiş ve borçlunun zimmetindeki paraya sahip olmuş gibidir. Onun paraya bu şekilde sahip oluşu geçerlidir. Çünkü asıl borçlunun zimmetindeki bu para, başkasının mülkiyetine girmeye (temlike) uygundur. Bunun içindir ki kefil, bu borcu ödediğinde aslın zimmetindeki paraya sahip olduğuna göre, asıl borçluya başvurma hakkına da sahiptir.

Kendisine havale yapılan kişinin durumu da böyledir. Eğer kefillik, kefil olunan asıl borçlunun borçtan kurtulması koşuluyla yapılmışsa veya akit havale akdiyse, böyle bir durumda alacaklı, asılın borcundan vazgeçer, bağışlarsa, yapılan bağış geçersizdir. Çünkü alacak başkasının zimmetine geçtiğinde artık asıl borçlunun zimmetinde, başkasının zimmetine geçecek bir şey kalmamıştır.

el- Câmi' de nakledildiğine göre bunun da geçerli olması gerekir.

Kefil, asıl borçluya borcu bağışlarsa bu bağış geçerlidir. Çünkü ona olan borç nedeni, yapılan akitle hemen gerçekleşmiş sayılır. Şayet kefil bu durumda alacaklıya olan borcu öderse, bu parayı almak için asıl borçluya başvuramaz. Çünkü borçlunun kendi zimmetindeki paraya mülkiyeti kesinlik kazanmıştır. Dolayısıyla, yapılan bağış geçerlidir. Sanki kefil bu parayı ödemeyi yaptıktan sonra bağışlamış gibidir.

Eğer asıl borçlu, alacaklıya olan borcunu öderse; bu para için kefile başvurma hakkı yoktur. Çünkü bu durumda aralarındaki borçlanma nedeni ortadan kalktığı için yapılan bağışın, geçersiz olduğu ortaya çıkmıştır.

Allahu Subhanehû ve Teâlâ daha iyi bilir.

KEFİLLERDEN BİRİNİN TÜM BORÇLA KENDİSİNİN SORUMLU OLDUĞUNU İKRAR ETMESİ

Bir kimsenin, birbirine zincirleme kefil olan iki kişide bin dirhem alacağı olsa, daha sonra bu iki kefilden biri, bütün borçla kendisinin yükümlü olduğunu ikrar etse ve borcu ödese; ardından da ödediği paranın yarısını diğer arkadaşından istese ve; "Ben borçlardan sorumlu olduğumu ikrar etmekle, senin bütün payına kastetmiştim" dese, ödediği paranın yarısını almak için diğer kefile başvurabilir.

Çünkü bu kimse, bütün borçtan sorumlu olduğunu ifade ederken, bu borcun bir kısmını kefillik yoluyla, bir kısmını da asıl borçlu olarak üstlenmiş olacağı konusunda doğrudur.

[20/94] Şayet bütün borcu kendisinin üstlendiğini, ancak arkadaşının da kendi isteğiyle buna kefil olduğunu ikrar ederse, ödemeyi yaptıktan sonra herhangi bir şey için arkadaşına başvuramaz. Çünkü bu kimse, tüm borçta kendisinin asıl, arkadaşının da kefil olduğunu açık bir dille söylemiştir. Dolayısıyla, uygulama onun söylediği gibi yapılır.

Önce borcun tümünün kendisine ait olduğunu söyleyip sonra başkasını borca ortak etmek

Birbirlerine kefil olan iki kişinin, birine ödünç olarak alınan para karşılığı elli dinar borcu olsa, daha sonra da bunlardan biri, bu parada beraber olduklarına dair arkadaşı aleyhine tanık getirse, diğeri de onun bu iddiasını doğrulayarak ikrarda bulunsa, daha sonra da borcun tamamının arkadaşının borcu olduğunu iddia etse, arkadaşından paranın ancak yarısını isteyebilir. Çünkü "sende benimle berabersin" demek, önceden yükümlü olunmayan herhangi bir şeyi, diğer kişiyi dışarıda bırakarak ikrarda bulunduğu anlamına gelmez. Kişi bu sözüyle, her ikisinin de bu borcun sorumluluğunda birlikte olduklarını haber vermektir. Bu da, her ikisinin borcun bir kısmında asıl borçlu olmalarını gerektirir. Böyle bir durumda bütün borcun arkadaşına ait olduğunu iddia eden kimse, verdiği haberle çelişkiye düşmüştür. Dolayısıyla, onun bu sözüne önem verilmez.

Eğer bu iki kişiden biri, bütün borcun kendisine ait olduğunu, diğer kişiyle ilgisinin olmadığını ikrar eder, daha sonra da borcu öderse, herhangi bir şey almak için arkadaşına başvuramaz. Çünkü bu borcun bütününde hem kefil hem de asıl borçlu olduğunu, bizzat kendisi açık bir ifade ile söylemiştir. Şayet ödemeyi arkadaşı yaparsa, ödediği bütün parayı almak için ona başvurabilir.

Bir kimsenin üç kişide senette ismine yazılı bin dirhem alacağı olsa, borçlu olan bu üç kişi de birbirine kefil olup bütün borcu ödeme garantisi verseler; böyle bir durumda alacaklı, asıl borcun bunlardan birine ait olduğuna, diğer ikisinin de onun kefili olduklarına dair ikrarda bulunsa; senette belirtilen borç, bu sözle dayandırılan kişi adına ikrar edilmiş bir borç sayılmaz. Daha sonra içlerinden biri, bu borcu öderse ödediği paranın üçte ikisi için diğer arkadaşlarına başvurabilir.

Çünkü yapılan ikrar, başkası aleyhine yapılan bir ikrardır. Dolayısıyla geçerli değildir.

Alacaklı böyle bir ikrarda bulunmayıp da, kefillerden birisi ikrar etse ve; asıl borcun bütünü benim borcumdur. Diğer iki arkadaşımın bu borçla ilgisi yoktur, derse; sonra da borcu öderse, herhangi bir şey için diğer iki arkadaşına başvuramaz. Çünkü kendi iddiası, kendisi hakkında geçerlidir.

Şayet bu parayı arkadaşları öderse, borcun bütününün kendi borcu olduğunu ikrar ettiği için paranın tamamını almak için ona başvurabilirler. Yaptığı ikrar, kendisini bağlayıcıdır.

Bir kimsenin, birisinden bin dirhem kendi adına yazılı senetli alacağı olsa ve bu senette filan kimsenin de bu borca kefil olduğu kayıtlı olsa, sonra da kefil, bu borcun aslının kendi borcu, diğerinin ise bu borca kefil olduğunu, bir korku nedeniyle senette diğerinin ön plana çıkarıldığını ikrar etse, belgede asıl borçlu olarak öne çıkarılan kişi de, bütün borcu ödese, bu parayı almak için kefil görünen kişiye başvurabilir. Çünkü onun kendi aleyhine yaptığı ikrar geçerlidir. İkrarından sorumlu tutulur. Böyle bir ikrar, ikrarda bulunan kişi açısından delille sabit gibi kabul edilir.

Senedin kamtlık durumu

Eğer belgede yazılı para, ödünç alınan bir paranın karşılığı olarak borçsa veya satılan bir malın bedeliyse ve borç, yazılı belgede başta adı anılan kişiye dayandırılmış, daha sonra da kefil olan kişi, yukarıdaki sözü söylemişse, bu kişinin kendi aleyhine söylediği söz, belgede yazılı olandan daha doğru kabul edilir. Çünkü bir kimsenin kendi aleyhine yaptığı ikrar, kendisini bağlayan bir delildir. Bu durumda senet, tanıklar, içinde yazılı olan şeylere tanıklık etmediği sürece tek başına delil olamaz. Tanıkların belgede bulunan şeye tanıklığı, bu kişinin kendi aleyhine ikrarda bulunarak onları yalanlaması durumunda kabul edilemez. Bu yüzden, kişinin kendi aleyhine yaptığı ikrar geçerlidir.

Kefil, bu şekilde bir söz söyleyip ikrarda bulunmasa da, senedi verenden malı kendisinin teslim aldığını veya ondan malı satın alıp, teslim alan kişinin kendisi olduğunu ikrar etse, bu belgenin aleyhine düzenlendiği ve belgenin başında ismi yer alan kişi de; "Evet, böyledir" veya "Doğru söylüyor" derse, daha sonra da lehinde ikrarda bulunulan kişi, bu paranın kendisine ait olduğunu iddia ederse, malı almak için ikrarda bulunan arkadaşına başvurabilir. Çünkü borç üstlenmesini gerektiren nedeni kendisinin meydana getirdiğini ikrar, bu borcun bütünü konusunda asıl borçlu olduğunu ve arkadaşının bu borca kefil konumunda bulunduğunu ikrar sayılır. Yaptığı ikrar da kendi aleyhine delildir. **[20/95]**

Kefil böyle bir ikrarda bulunmayıp da kefil olduğu kişiden parayı teslim aldığını ikrar etse bu ikrarı geçerlidir. Çünkü kefillik akdiyle adına kefil olduğu kişiden alacaklı duruma geçmiştir. Her ne kadar böyle bir alacak vâdeli olsa da vâdeli bir borcun vâde dolmadan teslim alındığına dair yapılan bir ikrar geçerlidir.

Borcu alacaklıya kefil olunan kişi öderse, ikrarı nedeniyle kefile başvurma hakkı vardır. Çünkü parayı teslim aldığının ikrarla ispatı, bu kişi açısından delille veya gözle görerek ispatı gibidir.

Bir kimsenin, aynı zamanda bütün borç için birbirlerine kefil olan iki kişide bin dirhem alacağı olsa, daha sonra da bu kefillerden her biri, asıl borcun diğerinin borcu, kendisinin de ona kefil olduğunu iddia etse, onların bu iddiaları, iddialarını doğrulayan delil getirilmediği sürece doğrulanmaz. Çünkü bu iddia, o anda bilinen bir şeyin aksini iddiadır. Dolayısıyla bunlardan her biri, kendi iddialarını doğrulayan delil getirmek zorundadır. Şayet elinde delil yoksa, her biri arkadaşının iddiası için yemine çağırılır. Çünkü her ikisi de, arkadaşı ikrarda bulunduğunda kendisini bağlayabilecek bir şeyi iddia etmektedir. Hangisi yemin etmekten kaçınırsa, onun bu kaçınması, ikrar gibidir. Yeminden kaçınmasıyla, bütün borcun esasen kendi borcu olduğuna tanık olur.

Şayet ikisi de yemin eder, sonra da biri bu borcu öderse, ödediği paranın yarısını almak için arkadaşına başvurabilir. Çünkü bu durumda her birinin iddiası arkadaşının payını yok saymaktadır.

Denildi ki; bu dâva, içlerinden birisi borcu ödediğinde arkadaşına bu paranın yarısını almak için başvurabileceği zaman böyledir. Çünkü her ikisi, kefillikte eşittirler. Şayet asıl borcun bu ikisinden birine ait, diğerinin ise kefil olduğuna dair delil getirilse, ancak tanıklar borçlunun hangisi olduğunu bilemeseler, böyle bir tanıklık, hiç delil getirilmemiş gibidir. Çünkü bu durumda hangisinin asıl borçlu olduğuna tanıklık edildiği bilinmemektedir. Bilinmeyen birisi aleyhine yapılan tanıklık ise, kabul edilemez. Alacaklının hakkını ne ortadan kaldırabilir ne de zayıflatabilir. Çünkü böyle bir tanıklık, onun hakkına dokunamaz. Bir etkisi yoktur.

Şayet alacaklı, asıl borcun bunlardan birine ait, diğerinin ise kefil olduğunu ikrar ederse, onun bu sözü doğrulanmaz. Çünkü alacaklının bu ikrarı, borçlulardan birine karşı diğeri lehine delil olamaz. Bu konudaki çelişkili tanıklık da, kabul edilemez. Çünkü borç onadır. Alacaklı kendisi olduğuna göre, borçlulardan biri aleyhine bütün borcun ona ait olduğuna dair yaptığı tanıklık, kendi lehine yapılmış bir tanıklıktır.

Alacaklının iki oğlu olsa ve böyle bir tanıklığı onlar yapsalar, bu tanıklıklarının hükmü de böyledir. Çünkü bu çocuklar da, babaları lehine tanıklık yapmaktadırlar.

Bu durum, asıl borcun bu iki kişi üzerine olduğunda ve onların birbirlerinin kefili olduğuna dair delil bulunmadığında böyledir. Eğer asıl borcun varlığına dair böyle bir delil varsa, o zaman alacaklının oğullarının tanıklığı geçerlidir. Çünkü bu durumda onlar, yaptıkları tanıklıkla babalarının alacak hakkının olduğunu ispat etmemekte, borçlulardan birisinin diğerindeki hakkına, asıl borçlunun diğerinin olduğuna, arkadaşının da bu borca kefillik ettiğine tanıklık etmektedirler. Böyle bir tanıklık da töhmet şüphesi yoktur.

İki borçludan her biri, bütün borcun kendi borcu olduğunu ikrar ettiğinde de hüküm yine böyledir. Çünkü alacaklının bu kişiler üzerindeki hakkı, kendi ikrarlarıyla sabit bir haktır. Dolayısıyla oğullarının bu konudaki tanıklığı, babaları lehine bir tanıklık değil, borçlulardan biri lehine ve diğeri aleyhine yapılan bir tanıklıktır.

Şayet borçlulardan birinin iki oğlu, asıl borcun babalarının borcu olduğuna diğerinin ise babalarının bu borcuna kefillik verdiğine tanıklık etseler, bu tanıklıkları geçerlidir. Çünkü yaptıkları tanıklık, babaları aleyhinedir.

Şayet asıl borcun diğer kişinin borcu olduğuna, babalarının ise ona kefil olduğuna tanıklık ederlerse, bu tanıklıkları geçersizdir. Çünkü yaptıkları bu tanıklıkla, babalarının borcunu ortadan kaldırmaya çalışmakta, ona yarar sağlamaktadırlar. Haliyle böyle bir tanıklık konusunda töhmet altındadırlar.

Allahu Teâlâ doğruyu daha iyi bilir.

ÖDEME VE İBRA OLMADAN BİR BORCUN KEFİLİN SORUMLULUĞUNDAN DÜŞMESİ

[20/96]

Bir kimse, satın aldığı malın bedeli için satıcıya borçlanan alıcıya kefil olsa, daha sonra da bu satılan mal, mülkiyet iddiası (istihkak) dâvası yoluyla hak edilerek alıcının elinden alınsa, kefil, bu borcun sorumluluğundan kurtulur.

Satış bedeline kefillikte, satışın iptal edilmesi

Çünkü, satım konusu mal başkası tarafından hak edilince, yapılan satış sözleşmesi bozulmuş ve asıl borçlunun (alıcının) satış bedelini ödeme yükümlülüğü kalmamıştır. Asıl borçlunun borçtan kurtulması, kefilinde kurtulmasını gerektirir. Çünkü kefil, asıl borçlunun yükümlü olduğu borcun kendisinden istenmesini üstlenmiştir. Alış-veriş konusu olan malın, üçüncü kişinin açtığı mülkiyet iddiası (istihkak) dâvasıyla hak edilerek alınışından sonra, artık asıl borçlu üzerinde istenebilecek bir borç kalmamıştır. Aynı şekilde kefilden de istenemez.

Akit konusu olan mal, hakim kararına dayalı olsun veya olmasın, kusur nedeniyle, ikâleyle (karşılıklı rıza göstererek akdi bozma yoluyla), koşul veya görme muhayyerliğiyle ya da akdin bozulmasıyla geri alındığında da, hüküm yine böyledir. Çünkü bu nedenlerle asıl borçlu borç yükümlülüğünden kurtulmaktadır.

Mehre kefillikte, gerdekten önce evliliğin sona ermesi

Mehir de böyledir. O da gerdekten önce kadından kaynaklanan bir ayrılık yüzünden koca üzerinden tamamen düştüğü gibi, kocanın boşamasıyla da yarısı düşer. Bu borcun kocadan düşmesiyle, asıl borçlu borçtan kurtulduğu için kefil de, kefillikten kurtulur.

Yapılan selem akdi[31] ile verilecek olan buğdaya kefil olan bir kimsenin durumu da böyledir. Böyle bir durumda da, asıl borçlu alacaklıyla, bedel olarak verilen para karşılığı sulh yaparsa, asıl borçlu borçtan kurtulduğu için, kefil de borçtan kurtulur. Artık selem akdinde peşin para olarak verilen bedelden herhangi bir şeyi ödemek zorunda da değildir. Çünkü o, kefil olduğu borcun dışında başka bir borçtur. Kefil olduğu malın bedeli de değildir. Nasıl bedel olabilir ki? Selem akdiyle ödenmesi gereken buğday, selem akdinin gereğidir. Satış bedelinin gerekliliği ise selem akdinin bozulması iledir. Bir bedelin, ancak akit konusu olan malın verilme nedenine dayalı olarak ödenmesi gerekir. Neden kalkınca bedel de ödenmez.

Havale edilen veya kefil olunan malın başkası tarafından istihkakı

Eğer alıcı, satın aldığı malın parasını satıcının alacaklısına kefil olursa; yani satıcı, bir alacaklısını kendinden mal satın alan alıcısına, bu malın parasıyla sınırlı olarak havale ederse veya alıcı satıcının alacaklısına bu malın bedeliyle sınırlı olacak şekilde kefil olursa, daha sonra da akit konusu mal, üçüncü kişinin açtığı istihkak dâvasıyla hak edilerek alınırsa, havale ve kefillik geçersiz duruma gelir. Çünkü akdin temelden bozulmasıyla, satış bedeli alıcının üzerinden tamamıyla düşer. Havale ve kefillik de, zaten bu akde bağlı bir borç üstlenmesidir.

Akit konusu köle olur ve köle zannedilen bu kişinin daha sonra özgür olduğu ortaya çıkarsa veya alıcı tarafından, hakim kararına dayalı olsun veya olmasın, kusur nedeniyle veya görme muhayyerliği ile geri verilirse, ya da akit konusu olan köle teslimden önce ölürse, Hanefîlere göre; hem havale akdi, hem de kefillik akdi geçerliliğini korur. Çünkü sonradan ortaya çıkan nedenler, tam olarak satış bedelinin asıl tarafından ödenmek zorunda olmadığını ortaya koyamamıştır.

Züfer (rh.a.)'e göre; hem kefillik akdi, hem de havale geçersiz olur. Çünkü yapılan alım-satım akdi, bu nedenlerle temelden bozulmuştur. Satış bedeli, alıcıdan düşmüştür. Üstlenilen bu sorumluluklar da, bu bedele bağlı sorumluluklardır. Sarfla (parayla para satışı) ilgili bölümde anlatıldığına göre; bir kimse, bin dirheme yüz dinar satsa ve karşılıklı teslim etme ve teslim almada bulunulsa, sonra da yapılan alış-veriş, bu sayılan nedenlerden biri yüzünden bozulsa, dinar satın alan, onu satana verdiği bin dirhemi almak için başvurabilir. Çünkü yaptığı sarf anlaşması ve borcun aslı geçerlidir. Kölenin istihkak yoluyla alınması veya özgür bulunması, bundan farklıdır. Bu durumda alıcı, verdiği dinarı geri alır. Çünkü bu dirhemlerin asıl tarafından gerekmediği ortaya çıkmıştır.

---

[31] **Selem Akdi:** Para peşin, mal veresiye olarak yapılan akittir. Veresiyeyi peşine yani peşin para veya peşin olarak verilen başka bir mal ile veresiye bir mal satmaktır. "Var olmayan şey satılmaz" genel kuralından istisnadır. Peygamberimiz tarafından halka kolaylık olsun diye câiz görülmüştür. Peşin para veya mal veren müşteriye "sâhibü's-selem " veya "rabbü's-selem", veresiye mal verecek olan satıcıya "müslemün ileyh", bu yolla satın alınan mala "müslemün fîh", peşin verilen mal veya paraya da "re's-i mâli's-selem" denir. Seleme "selef" de denir.

Buna göre bir koca, hanımına vereceği mehri onun alacaklısına vermeyi üstlense, daha sonra da kadından kaynaklanan bir nedenle henüz gerdek gerçekleşmeden aralarındaki evlilik akdini sona erdirerek ayrılsalar, koca bu kefillik sorumluluğundan ancak Züfer (rh.a.)'in görüşüne göre kurtulmuş olur.

Daha sonra bu kefilliğe dayanarak borcu ödese, ödediğini almak için kadına başvurabilir. Çünkü onun borcuna, yine onun isteğiyle kefil olmuştur. Bu da, ödeme yaptığında kendisine ona başvurma hakkı verir. Ancak ayrılmadan önce bu borç kadının mehrine karşılık sayılmışsa, bu mehir koca üzerinden düştüğü için ona olan kefillik de düşer. Ayrılık durumunda koca ödediği parayı almak için kadına başvurabilir.

Gerdeğe girmeden önce koca, kadını boşadığında da hüküm yine böyledir. [20/97]
Ancak bu durumda, ödediği paranın yalnız yarısını almak için başvurabilir. Çünkü mehrin diğer yarısında, karşılıklı borç sayılma gerçekleşmiştir.

Bir kimse, kölesiyle bin dirheme özgür kılınma (mükâtebe) anlaşması yapar, daha sonra ona bu borcu kendisinden bin dirhem alacaklı olan birine vermesi için güvencede bulunmasını ister, o da borcun kendisine havale edilmesini kabul ederse, yapılan işlem geçerlidir.

Çünkü bu, gerçekte ne kefillik ne de havale akdidir. Bu işlem; efendinin, alacaklısını anlaşma yaptığı köleden, anlaşma bedelini teslim alması için vekil atanması gibidir. Bu köle açısından, anlaşma bedelini efendisinin istemesi ile efendisinin alacaklısının istemesi arasında fark yoktur.

Bu durumda efendi, köleyi özgür kılacak olsa; köle özgürlüğüne kavuşur, ancak verdiği kefilliğin sorumluluğundan kurtulamaz. Muhammed (rh.a.)'in *el-Asl* (Mebsût adındaki) kitabının bazı nüshalarında; kefillik sorumluluğundan kurtulduğunu söyler. Bunu şöyle açıklar: Çünkü yapılan işlem, vekil ataması gibidir. Özgür edilmekle, ödemekle yükümlü olduğu anlaşma bedeli kölenin üzerinden düşer. Artık efendisi ondan bedel olarak herhangi bir para isteyemez. Aynı şekilde vekili de isteyemez.

Diğer rivayetin delili de şöyledir: Alacaklı, özgür olmadan önce ondan alacağını isteme hakkına sahipti. Anlaşma yapan kölenin özgürlüğüne kavuşmasıyla, bu borcun hükmü değişmemiştir. Böyle bir işlem, vekil ataması gibidir. Alacaklının alacağını köleden istemeye yönelmesi, kölenin bu borcu üstlenmesi nedeniyledir. Alacaklı açısından istenen şey, alacağıdır. Sonradan ortaya çıkan özgür olma, yeni bir borç üstlenilmesine ters değildir. Zaten var olan bir borç sorumluluğunun devamına ise, öncelikle ters düşmez. Bu durumda olan bir köle, alacaklıya olan borcu öderse, ödediği parayı almak için efendiye başvurma hakkına sahiptir. Çünkü özgür olmadan önce ödenen bu para, anlaşma bedeline karşılık sayılıyordu. Özgür kılınmakla üzerindeki anlaşma bedeli düştüğünde, bu anlam ortadan kalkmıştır.

Eğer efendi ölür, mükâtep de müdebber (efendinin ölümünden sonra özgürlük vaadedilen) olursa terekenin üçte birinden özgürlüğüne kavuşur. Veya ümmü veled olan bir câriye, özgürlüğünü elde etmişse, onların hükmü de yine böyledir. Çünkü anlaşma bedelinden kurtuluş, efendinin özgür etmesiyle mümkün olduğu gibi, böyle bir nedenle de mümkündür.

Eğer bir köle, efendisinin emriyle onun bin dirhem tutarındaki borcuna kefil olur, daha sonra efendi tarafından özgür edilir, özgürlüğüne kavuştuktan sonra da bu parayı öderse, ödediğini almak için efendiye başvuramaz. Ama özgürlüğüne kavuştuktan sonra bu borç kendisinden istenir. Çünkü bu borç kendisinden köleliği devam ettiği sırada da istenebilirdi. Özgürlüğüne kavuşmuş olması, onun sorumluluk taşıma yetkisini güçlendirir. Ayrıca efendi, ona kefil olmasını emretmekle, onu bu borçtan sorumlu duruma getirmiştir.

Bu durum, bir efendinin ticaretle uğraşan kölesi aleyhine borç ikrarında bulunduktan sonra, onu özgür etmesine benzer. Böyle bir durumda köle, ödemeyi kendi öz malından yapsa bile, onu almak için efendisine başvuramaz. Çünkü kefillik akdi yapıldığında, kefil olan köle, asıl borçlu olan efendisine başvurma yetkisine sahip değildi. Dolayısıyla, daha sonra da başvurma hakkına sahip olamaz.

Özgür olma anlaşması yapan bir kölenin durumu, bundan farklıdır. Çünkü kefillik akdinin aslı, onunla ilgili ödeme yaptığında anlaşmalı köleye, efendisine karşı başvurma hakkı veriyordu. Çünkü anlaşmalı bir köle, efendisini kendisine borçlandırabilir. Ancak bu borç, kölenin anlaşma bedeli ile takas edilir. Burada ise üstlenilen kefillik, köleye efendisine başvurma hakkı vermez. Bir köle, efendisini kendisine borçlandıramaz.

Bir kimsenin, başka birinde bin dirhem alacağı olsa, alacaklı kişi bu parayı kendisine borcu olan birisine ödemesini emretse, daha sonra da ödeme emri veren kişi, bu parayı kefile bağışlasa veya onu borcundan kurtarsa (ibra etse), bu bağış veya ibra o kişiyi sorumluluktan kurtarmaz. Lehine kefil olunan kişi, bu parayı ondan isteyebilir. Çünkü kayıtlı ve koşullu kefillik veya havale, kefilin zimmetindeki emri veren kişiye olan borcu, onun alacaklısının hakkıyla meşgul olma durumuna getirmiştir. Bu da, emri veren kişinin bu parada kullanımına engel olur. Bu durumda o, malını rehin veren kişiye benzer. O da, rehin verdiği malda birisine bağış veya satış yoluyla işlemde bulunursa, bu bağış veya satış, rehin gösterilen kişinin rehin mal üzerindeki hakkı nedeniyle uygulamaya konulamaz.

[20/98] Şayet emir veren kişi borçlu olarak ölür, lehine kefil olunan kişi de parasını alamazsa, artık bu para onunla, ölünün diğer alacaklıları arasında bölüşülür. İstihsana göre, lehine kefil olunan kişi, bu parada diğer alacaklılardan daha fazla hak sahibi sayılamaz. Kıyas ise, bu paranın özellikle lehine kefil olunan kişinin olmasını gerektirir. Nitekim Züfer (rh.a.), bu görüştedir. Çünkü bu para, rehin gösterilen bir mal gibidir. Ayrıca diğer alacaklıların hakları, asıl borçluda sabit bir

haktır. Asıl borçlu hayatta iken, bu parada lehine kefil olunan kişi, diğer alacaklılara göre daha öncelikliydi.

İstihsanın delili şöyledir: Lehine kefil olunan kişi, bu maldan hakkını alma konusunda diğerlerinden daha öncelikli değildir. Öyle ki, zimmetindeki borçtan kurtulacak olsa, lehine kefil olunan kişinin bu hakkı ortadan kalkmaz. Dolayısıyla hakkını almak konusunda, diğer alacaklılarından daha öncelikli değildir. Bu açıdan durum rehinden farklıdır. Çünkü rehin akdinde, bir malı rehin olarak alan kişi, bu rehin maldan hakkını alma konusunda diğerlerinden daha öndedir.

Konuya şu şekilde açıklık getirmek de mümkündür: Bir malı rehin alan kimse, bu malı eline geçirmekle hakkını alabilmek için mal üzerindeki zilyetliğini gerçekleştirmiştir. Buna dayalı olarak da, diğer alacaklıların önüne geçmiştir. Kefillik konusunda ise, lehine kefil olunan kişinin, kefilin zimmetinde bulunan para üzerinde fiili zilyetliği gerçekleşmemiştir. Aksine para, hala asıl borçlunun malı olmaya devam eder. Dolayısıyla asıl borçlunun ölümünden sonra, malvarlığı, alacaklıları arasında alacakları pay oranlarına göre paylaştırılır.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre, borcuna kefil olunan kişi hayatta ise, bir kişi de bu paranın kendine ait olduğuna, filan kişiye bir mal satması için emir verdiğine, o malın satıldığına ve bu paranın da satılan bu malın bedeli olduğuna delil getirirse, kendisine kefil olunan kişinin kefillik akdini sona erdirme yetkisi yoktur. Ancak o kişi, malın değerini satıcıya öder. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise, böyle bir durumda kefillik akdi sona erer.

Bu konu, alım-satım hukuku ile ilgili bölümdeki şu konuya dayandırılmaktadır: Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre, bir malı satmak için vekil edilen bir kimse, bu malın bedelinde yapacağı işlemin geçerliliği konusunda, satış akdini kendi adına yapan kimse gibidir. Vekil, yukarıdaki gibi bir durumda, bu parayı kendini vekil atayan kişiye ödemek zorundadır.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise, bu kimse vekil (nâib) konumundadır. Yaptığı işlemlerden ancak teslim aldıklarında ödeme yükümlülüğü vardır.

Vâdeli borçta, borçlunun ölmesi durumunda kefilin sorumluluğu

Şayet borç, vâdeli ve birisinin kefil olduğu bir borç ise ve asıl borçlu da ölmüşse, borcun vâdesi dolmuş sayılır. Ancak kefil açısından, süre doluncaya kadar borç vâdeli olma niteliğini korur. Çünkü asıl borçlu öldüğünde, artık onun vâdeye ihtiyacı kalmamıştır. Kefilin ise buna ihtiyacı vardır. Vâdenin asıl borçlu açısından dolmuş sayılması, kefil açısından işlem vâdeli olmasına engel değildir. Nitekim bir kimse, asıl borçlunun vâdesiz bir borcuna, bir yıl vâdeli kefil olsa, asıl borcun vâdesiz oluşu kefilliğin vâdeli oluşuna engel değildir.

Şayet kefil ölürse, artık vâdeye ihtiyacı kalmayacağı için bu borç, onun açısından da vâdesiz duruma gelir. Bu para, onun terekesinden hemen alınabilir.

Bundan sonra biz Hanefîlere göre, kefilin mirasçıları, henüz vâde dolmadan asıl borçluya başvuramazlar.

Züfer (rh.a.)'e göre; kefilin mirasçıları, hemen asıl borçluya başvurabilirler. Çünkü onlar, asıl borçlunun isteğiyle yapılan bir kefillik akdinden sonra, hukuken borcu isteme hakkı kendilerine yönelince, kefilin sorumlu olduğu bu borcu ödemişlerdir. Çünkü kefil, aslın borcunu ödediğinde, ona ödünç para vermiş gibi almıştır. Dolayısıyla bu, hemen kendine başvurabilmesini gerektirebilir. Ancak bu paranın bir an evvel kendisine ödenmesi için henüz zamanı dolmadan ödeme yaparak, kendisini haklı duruma getirmeye çalışırsa, bu durumda vâde beklenebilir. Kefilin ölümüyle vâde hükmen düştüğünden, burada böyle bir kasıt bulunmamaktadır.

Ancak biz Hanefîler şöyle diyoruz: Kefillik akdiyle alacaklının bu parayı kefilden vâdeli olarak isteme hakkı bulunduğu gibi, asıl borçlu da vâdeden yararlanmaya devam etmektedir. Kefilin ölümünden sonra, borç alacaklı açısından vâdeli olmaya devam ettiği gibi, süre dolmadan önce kefil açısından da vâdesini korumaya devam eder. Bu, kefil kişinin acele ederek vâdesi dolmadan önce alacaklıya parasını ödemesine benzer. Ancak, bu parayı almak için vâde dolmadan asıl borçluya başvuramaz. Bu konu da onun gibidir.

[20/99]

Peşin alacaklının zincirleme kefillerden birisine vâde vermesi

Bir kimsenin bir başkasında bin dirhem alacağı olsa ve üç kişi bu alacağa, zincirleme kefil olsalar, bu borç vâdesiz olup satış bedeli ise ve alacaklı borca kefil kişilerden birisine bir yıl vâde verse, bu vâde geçerlidir. Alacaklı, bu paranın tümünü dilediği kefilden isteyebilir. Bu durum, kefillerden birisinin baştan vâdeli olarak kefilliği üstlenmesine benzer. Borç, diğer kefiller için vâdesiz olmaya devam eder. Ayrıca bu, kefillerden her biri borcun tümüne kefildir. Kefillerden birini ibra, asıl borçluyu ibrayı gerektirmediği gibi, diğer iki kefilin ibrasını da gerektirmez. Kefillerden birisine bir yıl süre tanımanın hükmü de yine böyledir.

Eğer diğer kefillerden biri bu borcu öderse, kefilliğin aslını üstlenmede eşit oldukları gibi yapılan ödemede de eşitliğin sağlanması için, ödediğinin yarısını arkadaşından alabilir. Vâde dolmadıkça, diğer kefilden bir şey alamaz. Çünkü onun vâde hakkı vardır. Nasıl alacaklı, vâde bulunduğu için ondan herhangi bir şey isteyemiyorsa, diğer kefil de isteyemez. Vâde dolduğunda, ödemeyi yapan kefil, borcun yarısını almış olduğu arkadaşıyla birlikte, bu kefilden borcun üçte birini alır. Çünkü bu kefil de, onlarla birlikte kefillik sorumluluğunu eşit olarak zincirleme üstlenmiştir. Diğer kefillerin ona başvurmasına engel, vâdenin bulunmasıydı. Vâdenin dolarak ortadan kalkmasıyla, payına düşen üçte biri almak ve kefillik sorumluluğunda eşitliği sağlamak için ona başvurabilirler. Daha sonra da, ödenen paranın tamamını almak için asıl borçluya başvururlar.

Alacaklının, asıl borçluya vâde vermesi

Eğer alacaklı, alacağı için asıl borçluya bir yıl süre tanırsa, borç bütün kefiller açısından da geciktirilmiş olur. Bu durum, asıl borçlunun ibra edilmesine benzer.

Onun, borçtan ibra edilmesi, kefilin de ibrasını gerektirir. Şayet alacaklı, bu kefillerden birisine bir ay, diğerine iki ay, üçüncüsüne de üç ay süre tanırsa bu vâdeler, tanındığı şekilde geçerli sayılır. Birinci kefilin vâdesi dolduğunda, alacaklı onun payına düşen parayı ondan alabilir. Bu kefil, vâde engeli bulunduğu için, diğer iki kefile başvuramaz.

Alacaklının kefillere vâde verdikten sonra asıl borçluya daha çok vâde vermesi

Şayet böyle bir vâdelendirmeden sonra, asıl borçluya bir yıl vâde tanıyacak olursa, borç için tanınan bu bir yıllık vâde, bütün kefiller için geçerlidir. Sözü edilen aylar, bu bir yıl sürenin içine girer. Çünkü asıl borçlu için tanınan süre, kefil için de geçerlidir.

Bir kefile, bir ay süre tanındıktan sonra, bir yıl vâde daha tanınırsa, bu bir aylık süre, bir yılın içindedir. Bu da, onun gibidir.

Borçlunun vâdeyi kabul etmesi

Şayet borç, satın alınan bir malın bedeli veya gasp yüzünden ise ve bir kişi de bu borca kefil olmuşsa ve alacaklı, asıl borçlunun borcuna bir yıl vâde tanımış, asıl borçlu ise bu vâdeyi kabul etmemişse, borç hem asıl, hem de kefil açısından vâdesizdir.

Çünkü asıl borçlu açısından borcun istenmesinin geciktirilmesi, bu borcun ibra yoluyla düşürülmesi gibidir. Asıl borçlu, ibrayı kabul etmeyip reddettiğinde, o ibra geçersizdir. Bunun gibi, verilen vâde de kabul edilmeyip reddetmekle geçersiz sayılır. Dolayısıyla borç, üzerinde yine vâdesiz olarak kalır. Aynı şekilde bu borç, kefil için de vâdesizdir. Çünkü asıl borçlu açısından geçerli olan vâde, kefil açısından da bu vâde kendisine verilmiş gibi geçerlidir.

Şayet kefil için süre tanınır, kefil ise bu vâdeyi kabul etmeye yanaşmazsa, borç vâdesiz bir borç olmaya devam eder. Asıl borçlu için süre tanındığında da hüküm böyledir. Çünkü vâde tanınması, bu vâde, ister kefil için isterse asıl borçlu için tanınmış olsun, kefillik akdini bozmaz.

Alacaklının; alacağını kefillerden birisine bağışlaması

Bir kimsenin, başka birinde bin dirhem alacağı olur, üç kişi de birbirine zincirleme bu borca kefil olurlarsa; daha sonra alacaklı bu parayı kefillerden birine bağışlar, bağışladığı kişi de bunu kabul etmezse, önceden olduğu gibi onların hepsi bu borçtan sorumludurlar. Çünkü kefile yapılan bağış, bu parayı bir çeşit onun mülkiyetine geçirmedir. Kefilin bu bağışı reddetmesiyle, asıl borçlunun kendisine yapılan bağışı reddetmesi durumunda olduğu gibi, bu da geçersiz duruma gelir. Eğer kabul ederse, bağışın kabulüyle bu para onun mülkiyetine girer. Borcu ödediğinde bu paraya nasıl sahip oluyorsa, kendisine bağışlanan paraya da tıpkı ödemeyi kendi yapmış gibi sahip olur. Dilerse, bütün parayı almak için asıl borçluya, dilerse diğer iki kefilin ikisini birlikte bulduğunda borcun üçte ikisi için onlara ya da birine rastladığında borcun yarısı[32] için ona başvurabilir. Böyle bir durumda parayı kendisi ödemiş gibidir.

[20/100]

[32] Metin de "yarısı" denmektedir. Ancak "üçte biri" olması daha uygundur.

Şayet kendisine bağışta bulunulan kefil ortada yoksa ve ne kabul ne de reddetmeden, bağıştan da haberi olmadan ölürse, yapılan bağış yine de geçerlidir. Bu kişinin mirasçıları, asıl borçlu ve diğer kefillerden dilediğine başvurabilir.

Daha önce açıklandığı gibi, borcu bağışlamak; onu, borçlunun mülkiyetine geçirme anlamı taşıyan bir borç düşürmedir. Mülkiyetine geçirme anlamı taşıdığı için, bağışlanan kişi hayatta olduğunda ve bağışı reddettiğinde, o bağış geçersizdir. Borç düşürme anlamı taşıdığı için, bağışlanan kişinin reddetmeden ölmesiyle bağış tamamlanmış olur. Çünkü tek yanlı bir borçlanmadır. Ölmesiyle tamamlanması, kabulle tamamlanması gibidir. Mirasçıları da, bu konuda onun yerini alırlar. Önceden de açıklandığı gibi, onlar borçlu ve kefillerden dilediklerine başvurabilirler.

Şayet bu parayı kefillerden ikisine bağışlar, onlar da bu bağışı kabul ederlerse, yapılan bağış geçerlidir. Daha sonra bu parayı almak için, asıl borçluya başvurabilirler. Dilerlerse, üçüncü kefile başvurarak ondan, kefil olunan borcun üçte birini alabilirler. Bu durumda ödemeyi kendileri yapmış gibidirler. Ancak bu kefillerden her biri, beş yüz dirhem paraya sahip olsalar da, herhangi bir şey almak için birbirlerine başvuramazlar. Her ikisi de, alınan bu parada eşit konumdadırlar.

Şayet bu iki kefil, üçüncü kefilden kendi payına düşeni ödemesini isterler; o da, kendi payına düşeni (borcun üçte birini) onlara öderse; ödemeyi yapan bu kefil, daha sonra verdiği paranın yarısını almak için diğerine başvurmak isterse, buna hakkı yoktur. Çünkü ondan borcun üçte birini alan bu iki kefil, aldıkları paraya sahip olmuşlardır. Bu durumda her üçü de alacaklıya bu borcun tamamını ödemiş gibidirler. Ancak ödenen paranın tamamını almak için her üçü, asıl borçluyu kovuştururlar. Bu parayı ondan aldıklarında onların her biri, teslim alınan bu paranın üçte birini alır.

Eğer alacaklı, parayı bu iki kefile bağışladığında, içlerinden biri yapılan bu bağışı kabul, diğeri reddederse; yapılan bağışı kabul eden kişi, bu yarının üçte birini diğer iki kefilden alabilir. Çünkü onun, yapılan bağışı kabul ederek borcun yarısına sahip oluşu, bu yarıyı alacaklıya ödeyerek sahip oluşu gibidir. Dilerse, her iki kefile de başvurarak bu yarı borcun üçte ikisini onlardan alabilir. Dilerse, onlardan birine başvurarak bu yarının yarısını ondan alabilir. Alacaklı da, diğer yarıyı dilediği kefilden ister ve alabilir. Dilerse, asıl borçluya başvurur. Çünkü kendisine bağış yapılan kefilin, bağışı reddetmesiyle bu yarının bağışı geçersiz duruma gelmiş ve hüküm, yeniden bağış yapılmadan önceki duruma dönmüştür.

Şayet alacaklı asıl borçludan bir şey alırsa, aldığı bu para, özellikle kendisinindir. Alacaklı olan kişi, bağışladığı paradan artan kısmı, bağışta bulunduğu kefilden isteyebilir. Çünkü kalan bu yarıyı ona bağışlamamıştır. Bu yarıda o da, diğer kefiller gibidir.

Alacaklı, borcun yarısını kefillerden birine bağışlarsa, onun konumu da yine böyledir. Şayet kendisine bağışta bulunulan kişi, bu yarının üçte ikisini almak için diğer iki kefile başvurur ve onlardan bu parayı alırsa, diğer iki kefilden hiçbiri, herhangi bir şey almak için onu kovuşturamaz. Çünkü bu kimsenin, ödeme yaptıktan sonra ödeme yaptığı kişiyi kovuşturma hakkı olsaydı, başlangıçta bu parayı vermez, alı kordu.

Ancak iki kefil, alacaklıya beşyüz dirhemi öderlerse, kendisine bağışta bulunulan kişi, diğer beşyüz dirhemin üçte biri için onlara başvurabileceği gibi, bu beş yüz dirhem için de, başvurabilir. Böylece yapılan ödeme, aralarında üçe pay edilmiş olur.

Sadaka, hediye ve atıyyenin hükümleri de böyledir. İbranın hükmü ise farklıdır. İbra edilen kimse, bir şey almak için başkasına başvuramaz. Çünkü kefilin ibrası, bir şeyi onun mülkiyetine geçirme değil, aksine kefillik akdinin sona erdirilmesidir.

Allahu Teâlâ daha iyi bilir.

KEFİLLİKTE YEMİN

[20/101]

Bir kimse, birisi lehine güvencede bulunmayacağına dair yemin ettikten sonra, onun lehine, kişiye veya mala kefil olsa, yeminini bozmuş sayılır. Çünkü ona kefil olmuştur.

Kefil olmamaya yemin etmek

Bu sözlerden anlaşılan, kefil olunan şeyin, tesliminin kefilden istenmesini üstlenmedir. Bu anlam da gerçekleşmektedir. Ona kefil olduğunda veya onun lehine havale kabul ettiğinde de hüküm yine böyledir. Havale, bir güvencedir; belki güvenceden de fazlasıdır. "Kefillik" ile daman (güvence verme), aynı akdi ifade eden iki ayrı terimdir.

Böyle bir yeminden sonra, yeminde sözü geçen kişinin isteğiyle bir şey satın alsa, bu bir güvence vermek değil, bir alış-veriş akdini üstlenmedir. Alım-satım akdi de örf ve uygulamada kefillik diye isimlendirilmez. Yeminlerle ilgili konuda da, örf ve adete itibar edilir.

Şayet yemin eden bu kişinin kölesi veya şirkete emeğiyle katılan ortağı (mudârib), ya da mufâvada (bütün koşullarda eşit ortaklık) veya inan (farklı pay ve koşullarda ortaklık) ortağı olan kimse lehine kefil olmuşsa, bu kefillikle yeminini bozmuş olmaz. Çünkü bu durumda kefillik, başkası adına gerçekleştirilmiştir. Güvence verilen şey, kefil olunan şeyin kefillik akdiyle kefilden istenebilmesidir. Bu da, yemin konusu değildir. Yemine konu olan şey, bu isteğin yemin edilen kişi adına üstlenilmesi durumundadır. Böyle bir şey de, kefillik akdine değil, başka bir nedene dayanmaktadır. Görmez misin red ve kabul, yemine konu olan kişi tarafından değil, lehine kefil olunan kişi tarafından yapıldığında dikkate alınır.

Buna göre; böyle birisi, bir kimseye kefil olsa, kefil olduğu bu kişi de ölse ve yemin ettiği kişi de mirasçısı olarak onun yerini alsa; her ne kadar sonuçta güvence o kişiye olmuş olsa bile, yemin eden kişi, yeminini bozmuş sayılmaz. Çünkü asıl kefillik, bu kişiden başkası için geçerlidir. Kefillik bir başka nedenden dolayı o kişi lehine sabit olmuştur. Bunun nedeni de yerine geçme yoluyla miras bırakan kişinin yerini almadır.

Eğer hiç kimseye kefil olmayacağına yemin eder, daha sonra da satın alınan bir ev veya köleye hak sahibi çıkması durumunda buna kefil olursa (damânu'd-derek) yemini bozmuş sayılır. Çünkü bu durumda o, alıcıya kefil olmuştur. Görmez misin böyle bir güvence de, insanlar arasında kefillik olarak isimlendirilir. Bu durum, bir kimsenin bir başkasına; "filan kimse, vâdesi dolan borcunu vermezse" veya "filan kimse, sana olan borcunu ödemeden önce ölürse, onun bu borcunu ben üstleniyorum" ya da "ben ona kefilim" demesine benzer. Böyle söz söyleyen bir kişi, karşıdaki lehine güvence vermiş, kefil olmuş ve her ne kadar bu borcun istenme vakti ifade edilen zamana kadar gecikse bile, yeminini bozmuştur. Böyle bir yemin, verilen güvencenin hemen olması gerektiği anlamına gelmez. Satın alınan mal bedeline kefillikte de, hüküm yine böyledir.

Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre; ortada bulunmayan gâib olan ve kendisi adına konuşanı olmayan birisi lehine kefil olmuşsa, yemini bozmuş sayılmaz. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise; bu kişi, yeminini bozmuştur.

Bu hüküm, yukarıda geçen; "Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre, kendisi adına kabulde bulunacak kimsesi olmayan gâib bir kimse lehine kefillik, geçersizdir" kuralına dayanır. Dolaysıyla bu kişi, geçersiz bir kefillikle yeminini bozmuş olamaz. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre; böyle bir kefillik geçerlidir. Verdiği güvence, kefil olan kişiyi bağlayıcıdır. Dolayısıyla bu kişi, yeminini bozmuştur.

Şayet orada bulunmayan kişi adına muhatap olan birisi varsa, her üçüne göre de, yeminini bozmuştur. Çünkü verilen güvence, güvenceyi veren kişi açısından geçerlidir.

Eğer haber kendisine ulaştığında, lehine güvence verilen kişinin buna razı olma veya reddetme arasında seçim yapma hakkı varsa, onun açısından yeminin bozulma koşulu yine de tamamlanmış olur.

Şayet bir kimse, bir çocuk lehine kefil olsa, yine yemininden dönmüş sayılır. Çünkü çocuğun babası veya vasîsi bunu onayladığında geçerli sayılır. Böyle bir kefillik, orada olmayan birisi için verilmiş güvence gibidir. Onun adına konuşan birisi olduğunda kefillik akdi tamamlanmış sayılır.

[20/102] Kısıtlı (ticarete izinli olmayan) köle de, hiç kimseye güvence vermeyeceğine dair yemin etmiş, daha sonra da güvence vermişse, yeminini bozmuştur. Çünkü kısıtlı köle de, yükleme birisi olduğu için, yemini geçerli bir kimsedir. Her ne kadar üstlendiği borcu ödemesi, efendisinin üzerindeki hakkı nedeniyle özgürlüğe

kavuşuncaya kadar gecikecek olsa da, güvence üstlenmesi kendi açısından geçerlidir. Bu durum o, kendi adına konuşacak biri olan kayıp kimse veya yemin ettikten sonra iflas etmiş durumdayken birine kefil olan kimse gibidir.

Şayet, filan kimseye kefil olmayacağına veya filan kimse için güvence vermeyeceğine dair yemin etse, daha sonra da bu kişinin borcuna kefil olsa, yeminini bozmuş olmaz. Çünkü "falan kimseye kefillik" diyerek mutlak ifade kullanılınca, bundan kişiye kefillik anlaşılır. Yemin konusunda mutlak anlamda kullanılan, belli bir kayıt getirilemeyen bir söz, insanlar tarafından duyulduğunda nasıl anlaşılıyorsa, ona göre yorumlanır. Eğer mala (borca) kefil olmamayı kastetmişse, yemin maksadına göre yapılmış olur. Çünkü o, kendisi aleyhine söylediği sözün olasılığı olan bir anlamı kesinleştirmiştir. Bunun benzeri daha önce geçti.

Allah daha iyi bilir.

CAİZ OLMAYAN ŞEYLERE KEFİLLİK

Kısas cezalarında kefillik

Kısası gerektiren baş yarmaları veya ölümle sonuçlanan ve kısası gerektiren kasıtlı cinâyetlerde kefillik geçersizdir. Kefil olan kişinin kısasen cezalandırılması veya diyet gibi bir şey istenilemez.

Çünkü kefillik, yerine getirilmesi konusunda, nâibliğin (birisinin yerine geçmenin) geçerli olduğu bir şeyde olabilir. Kısas cezası ise, yerine getirilmesi konusunda yerine geçmenin geçerli olmadığı bir cezadır. Dolayısıyla böyle bir cezada, kefillik üstlenilmesi geçerli değildir.

Organ diyeti (erş=tazminâtı) ise, asıl (suçu işleyen) üzerine, kısası gerektiren bir fiilden dolayı (ilk olarak) ödenmesi gereken maddî bir yükümlülük değildir. Haliyle kefil de, böyle bir borcu üstlenemez.

Had cezalarında kefillik

Bunun gibi, zina iddiasıyla gereken ceza (hadd-i kazf) için kefillik de geçersizdir. Çünkü o da, yerine getirilmesi konusunda nâibliğin geçersiz olduğu bir cezadır. Ayrıca bu ceza, Allah hakkının üstün olduğu bir kamu suçunun cezasıdır. Dolayısıyla, diğer had cezalarına kıyaslanır.

Emanetlerde kefillik

Emanetlerle ilgili konularda kefillik tıpkı yukarıdakiler gibi geçersizdir. Çünkü (emanet edilen) asıl kişi, bu emaneti ödemekle yükümlü olmadığı gibi, emanet malı kendi malından ödemesi de kendisinden istenemez. Kefil ise, asılın ödemek zorunda olduğu bir malın, kendisinden istenmesi sorumluluğunu üstlenir.

Eğer, böyle bir kefillikten sonra emanet mal, emanet olarak bulunduğu kimsenin yanında telef olursa veya emanet alan kimsenin emanete uygun olmayan bir davranışıyla telef olur, elden çıkarsa, kefil onu tazmin etmek (ödemek) zorunda değildir. Çünkü bu kefilliğin aslı geçerli değildir. Böyle bir durumda, kefillikten

sonra meydana gelen bir nedenle asıl konumundaki kişi, tazminat ödemek zorunda kalmıştır. Kefillik ise, böyle bir nedene dayandırılarak gerçekleşmemiştir.

Kısasda da hüküm böyledir. Eğer alacaklı borçluyla mal karşılığı sulh anlaşması yapsa kefil bu maldan hiçbir şey ödemekle yükümlü değildir. Çünkü bu borç kefillikten sonra yapılan bir sözleşmeyle üstlenilmiş bir borçtur. Oysa kefillik akdi böyle bir borca dayandırılmamıştır.

Rehinde kefillik

Bu konularda kefillik geçerli olmadığı gibi rehin akdinde de geçerli değildir. Çünkü bir rehin akdinin geçerli olması, alacağın gerektiğinde bu rehinden alınabilmesine bağlıdır. Bu da, rehin üzerinde bu hakkı almayı sağlayacak zilyetliğin bulunmasını gerektirir.

Aynı şekilde rehin alanın, rehin aldığı malı için kefil göstermesi de geçersizdir. Çünkü rehinin kendisi, rehin alanın elinde emanettir. Emanetin teslimi için üstlenilen kefillik geçersizdir. Nitekim emanet paralar, ödünç mallar ve sermaye-emek (mudârebe) ortaklığı için verilen sermayeye kefillik geçersizdir.

Efendinin evinde bulunan veya kaçak olan kölesi için kefillik de geçersizdir. Çünkü bir efendi, güvence verilmeyi gerektirecek derecede kölesini kendisine borçlandıramadığından kendi kölesi için, efendi lehine güvence verilemez. Böyle bir kefillik, efendisiyle özgür olma (mükâtebe) anlaşması yapan bir kölenin anlaştığı bedele -efendi lehine, köle adına- kefil olmaktan daha zayıftır. Anlaşmalı köleye kefillik geçersiz olduğuna göre, böyle bir anlaşması olmayan köleye kefillik, öncelikle geçersizdir.

Sanatkarın elindeki mal için kefillik

[20/103]

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, bir kimse yıkayıp beyazlatması için yıkayıcıya (kassara) kumaş verir, başka birisi de bu kumaşa kefil olursa, bu kefillik geçersizdir. Diğer meslek erbabından yıkayıcıya benzeyenlerin hükmü de yine böyledir. Çünkü o gibilerin elinde bulunan mal, herkese ücretle iş yapan (ecîr-i müşterek) bir kişinin elindeki emanet mal hükmündedir. Bundan dolayıdır ki, sanatkârın kasdî fiili olmadan emanet mal telef olursa ödenmesi gerekmez.

Ecîr-i müşterek'in (herkes için iş yapan sanatkârın) sakınılması mümkün olan bir şeyle yanında telefe uğrayan malları ödemesi gerektiği görüşünde olanlara göre, kefilin de böyle bir malı ödemesi gerekir. Bu görüş; Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'in görüşüdür. Çünkü onlara göre bir mal, onu teslim alan kişinin sorumluluğu ve güvencesi altındadır. Bu açıdan bakıldığında; böyle bir mal, gasp eden kişinin elinde bulunan gasbedilmiş mala benzer. Ona olan kefillik geçerlidir.

Efendisinden kaçan bir köleye kefil olmak geçersizdir. Çünkü bu kefillik, tazminatı gerektiren bir nedene dayandırılmamıştır. Bir kölenin kaçması, o kölenin efendiye tazminatının ödenmesini gerektirecek bir neden değildir.

Bir kimsenin kaçan bir hayvanına veya telef olan bir malına kefillik de böyledir. Çünkü kefil, asılın ödemek zorunda olduğu bir borcun kendisinden istenilmesini, üstlenmektedir. Burada ise öyle bir borç yoktur.

Bir kimseye, yenme veya inkar edilmesine karşı kefil almak koşuluyla emanet mal verilirse, bu emanet koşul konulduğu koşulla birlikte geçerlidir. Çünkü emanet veren kişi, kefilliği tazminatı gerektiren bir nedene dayandırmıştır. Koşula bağlanan bir şey, o koşul gerçekleştiğinde koşula bağlanmamış gibi yürürlülük kazanır.

Şayet; "Falan kimse üzerindeki kısas hakkın konusunda, onunla mal karşılığı sulh anlaşması yaparsan, ben bu mala kefilim" veya "ondaki alacağın mala kefilim" derse; bu geçerlidir. Çünkü burada borç kefilliğini, mal istemeyi gerektiren bir nedene dayandırmıştır.

Bunun gibi; "Falan kimse seni yanlışlıkla (hata ile) öldürürse ben diyetine kefilim" der, sözünü ettiği kimse de, hata ile onu öldürürse, onun diyetini öder. Çünkü diyet kefilliğini, diyeti gerektiren bir nedene dayandırmıştır. Diyet de, ödeme konusunda yerine geçmenin (nâibliğin) geçerli olduğu şeylerdendir. Şayet; "yırtıcı hayvanlar veya kurt seni yerse, ben diyetine kefilim; onu öderim" derse, bu kefillik geçersizdir. Çünkü burada kefillik, tazminat gerektiren bir nedene dayandırılmamıştır. İslâm hukukunda "hayvanın verdiği zarar, hederdir" (bir şey gerekmez).

Şayet; "birisi senin malını gasbederse, ben uğradığın zararı öderim" der, birisi de ondan bir şey gasp ederse, bunu ödemek zorunda değildir. Çünkü kullandığı sözü, çok geniş anlamda kullanmıştır. Bu durumda kefil olunan şeyde, aşırı derecede bilinmezlik vardır. Bu da, ister bir nedene dayandırılsın, isterse dayandırılmasın, kefilliğin geçerliliğine engeldir. Şayet belli bir insanı veya kabileyi söylerse, kefillik kendisini bağlayıcıdır. Çünkü kefil olunan şey, bellidir.

Bir kumaş, bir ücret karşılığı yıkanıp beyazlatılması için yıkayıcıya verilse; bir başkası da; "eğer yıkayıcı, bu kumaşı bozarsa..." diyerek ona kefil olursa, bu kefillik, geçerlidir. Çünkü herkese iş gören (ecîr-i müşterek) olan bir kimsenin, kendi eliyle yaptığı bir hatayı ödemesi gerekir. Dolayısıyla o kişi bu kefilliği, tazminat ödemeyi gerektiren bir nedene dayandırmıştır; üstlenilen kefillik, bu nedenle geçerlidir.

Bir kimse, bir başkasına karşı can veya organ kısasını, ya da hadd-i kazf (zina iftirası cezası) gerektirecek bir dâva açar, hakimden de dâvalıdan kişiye kefil almasını ister, dâvalı da "benim delillerim şu anda hazırdır" derse; Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, hakim, dâvacının bu isteğine olumlu cevap vermez.

Had ve kısas cezalarında kefillik

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise, hakim dâvacının bu isteğine olumlu cevap verir. Çünkü böyle bir durumda dâvalının mahkemede hazır edilmesi; dâvalının, dâvacı lehine sorumlu olduğu bir haktır. Dolayısıyla, mâlî kefillikte olduğu gibi, buradaki kişiye kefillik de geçerlidir. Çünkü kişiyi mahkemeye

teslim, yerine geçmenin (nâibliğin) geçerli olduğu yerlerdendir. Kefil olan bir kimse, yerine getirmeye gücü yettiği bir sorumluluğu üstlenir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre burada kişiyi teslim, had ve kısas cezası gibi kefilliğin geçerli olmadığı bir amaç içindir. Dolayısıyla dâvalı, kişiyi mahkemeye getirmeye kefil göstermeye zorlanamaz. Borca kefilliğin durumu ise, bundan farklıdır. Ayrıca had (kamu) cezaları, şüphelerle kaldırılan cezalardandır. Dolayısıyla bir hakimin, böyle konularda tedbirlilik (ihtiyat) yolunu tutarak dâvalıyı, kişiye kefil göstermeye
[20/104] zorlamaması gerekir. Çünkü kefil alma, kesin kayıt altına alma anlamı taşır. Bu da had cezalarının konumuna zıttır. Hakimin burada izleyeceği yol, dâvacıya; "şu andan itibaren mahkemede hazır oluncaya kadar onun peşini bırakma" demesidir.

Şayet hakim, oturumu bitirmeden tanıklar mahkemede hazır olursa, duruşma yapılır. Aksi takdirde hakim, dâvalıyı (tutuksuz yargılanmak üzere) serbest bırakır.

Dâvacı, hakim tarafından dürüstlüğü bilinmeyen bir tek tanık getirdiğinde de hüküm yine böyledir. Şayet dâvacı iki tanık getirir veya hakimin dürüstlüğünü tanıdığı tanıklık koşullarına uygun bir tanık getirirse; hakim, tanıkları dinleyip, belgeler değerlendirilinceye kadar dâvalıyı hapseder. Çünkü bu durumda dâvalı, tanıklığın iki şıkkından biri tamamlandığından, cezayı gerektiren haram bir fiili işleme konusunda, sanık konumuna düşmüştür (itham altındadır). Bu konumda olan kişilerin hapsedilmesi, meşrudur. Görmez misin halka korku salan bir kimse de hapsedilir. Kendisinden kefil alınmayıp, diğer tanığın da getirilmesi beklenilir. Çünkü had ve kısas cezalarında kefil, güvenceyi ve kesinliği sağlamak içindir. Bu tür had cezalarında, böyle bir uygulamanın kullanılması da meşru değildir. Hapis cezası ise ta'zir türündendir. Haram işlemekle itham edilen bir kişi hakkında ta'zir cezasının uygulanması meşrudur.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre bu kişi, karar vermeye yetecek delil toplanmadığı sürece hapsedilmez. Malî dâvada olduğu gibi, dâvalı burada da, kendisi için üç gün süreli kefil gösterir.

Bir kimse, bir başkası aleyhine, malını çaldığı gerekçesiyle dâva açsa ve; "tanıklarım da hazır" dese; hakim, dâvacı lehine dâvalıdan gerektiğinde mahkemeye hazır etmesi için üç günlüğüne kefil ister. Çünkü dâva konusu, maldır. Mal konusunda, kefillik yoluyla dâvayı güçlendirmek ve güvence altına almak meşrudur.

Dâvacı; "çalıntı malı dâvalıdan geri aldım ama, kendisine had cezası da uygulanmasını istiyorum" derse, bu durumda dâvacı lehine dâvalıdan kefil istenmez. Çünkü had cezası, Allah hakkı olarak gerekli olan kamu dâvalarındandır. Bu tür dâvalar, berâet ve dâva düşmesinin esas kabul edildiği bir temel üzerine kurulur. Dolayısıyla kişiye kefil alınarak, dâvayı ispat konusunda güç kazandırmaya çalışılmaz.

Zina cezasında da durum böyledir. Eğer aleyhine tanıklık yapılan kişi, kendi aleyhine zina konusunda tanıklık eden kişiye, zina iftirası (kazf) cezası uygulanmasını ister, tanık da; "benim bu konuda dört tanığım var" derse, hakim kendisine dört tanığı hazır etmeye kadar süre verir. Ta ki onun bu süre ile bu tanıkları hazır etmekten âciz olduğu ortaya çıksın. Dâvacı, bu dört tanığı hazır edemediğinde, kendisine zina iftirası (kazf) cezası uygular. Çünkü had cezasını gerektiren neden, kesinlik kazanmıştır. Bu neden, hem zinayla suçlayıp, hem de dört tanık getirememektir. Bu durumda hakim, o kişiyi ne serbest bırakabilir, ne de ondan kefil alır. Çünkü kefillik, hakkı güvence altına almaya yöneliktir. Ancak hak isteminde bulunan kişi, bu hakkına dayanarak, kaçmaması için yeniden hakim huzuruna gelinceye kadar dâvalıyı kovuşturabilir.

Eğer iki tanık, aleyhine tanıklık ettikleri kişinin köle olduğunu söylerlerse; geçerli söz, tanıklık yaptıkları kişinin sözüdür. Çünkü görünüş, o kişinin özgür olduğudur. Böyle bir durumda hak isteme dâvası reddedilir. Haliyle had cezası uygulaması da istenemez.

Eğer zina ile suçlanan kişi, kendisini suçlayan kimsenin özgür olduğuna dair delil getirilinceye kadar, hakimin ondan kefil almasını isterse, hakim o kişiden kefil istemez. Çünkü bu, had cezası uygulamak için dâvaya bir çeşit güven istemedir. Ancak bu durumda, suçlamada bulunan kişi, böyle bir kötülüğü yaydığı için hapsedilir. Suçlanan kişinin özgür veya köle olması, durumu değiştirmez. Suçlanan kişiye gün tanınması, köle olduğuna dair onun aleyhine tanık getirilmesine, onun da özgür olduğuna ispat için var olan tanıklarının bulunduğunu iddia etmesine benzer. Böyle bir durumda, nasıl delil getirerek özgürlüğünü ispat için kendisine gün tanınıyorsa, burada da gün tanınır.

Eğer malı çalınan kişi, hırsız ve hırsızlık fiili aleyhine iki tanık getirir; onlar da elde bulunan bir malın aynıyla dâvacıya ait olduğuna tanıklık ederlerse; dâvalıdan kefil alınmaz. Bu durumda, dâvalı hapsedilir. Çaldığı mal da, tanıklar tezkiye edilinceye (tanıklığa uygun oldukları ispat edilinceye) kadar yed-i emîn de (güvenilir birisinin elinde) bırakılır. Çünkü hırsızlıkla suçlanan kişi için kendisine veya çalınan mal için kefil alınması, had cezası uygulamak için güvence almaktır. Bu da meşru (hukuki) değildir. Bu durumda hırsızlık sanığı, ta'zir yoluyla hapsedilir. Çalınan mal, yed-i emîne teslim edilir. Çünkü hırsızlık yapan kişi, çaldığı malda güvenilir bir kimse değildir. Burada dâva konusu olan da maldır. Şayet bu malın telefinden korkuluyorsa; hakim tanıklıktan sonra o malı, tanıkların tanıklığa uygun olup-olmadıkları, tezkiye edilip ortaya çıkıncaya kadar, yed-i emînde bırakır. Bu malın sanıktan alınması da, o kişiye bir çeşit ta'zir cezası verme anlamı taşır. **[20/105]**

Bir köle, özgür bir kimse aleyhine kazf (zina iftirası) dâvası açar ve ta'zir cezasıyla cezalandırmasını ister veya birisine karşı ta'zir cezasını gerektiren bir suçlamada dayandırmasında bulunur ve; "tanıklarım burada hazır" derse, bu

durumda dâvalıdan kendisini üç gün içinde mahkemeye getirmeyi üstlenen kefil alınır. Çünkü bu dâva, had cezasını gerektiren bir dâva değildir; kul hakkının üstün ve dolayısıyla da affın geçerli olduğu bir tazir dâvasıdır. Ayrıca tazminat anlamı taşıdığından, diğer mâlî dâvalarda olduğu gibi şüphelerle de düşmez.

Kadının kocası için kazf dâvası açmasında kefil istemek

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre, bir kadın kocasının kendisine zina iftirasında bulunduğunu iddia ederek ona karşı kazf dâvası açsa, kocası ister özgür, ister köle olsun, ondan kefil alınmaz. Çünkü bir kocanın karısını zina ile suçlaması konusundaki lanetleşmesi, üçüncü bir kişinin zina suçlamasındaki had cezası gibidir. Liân (lanetleşme)[33] ile ilgili konu işlenirken, Ebû Hanîfe (rh.a.) ile iki talebesi arasındaki görüş ayrılığı da açıklanmıştı. Buradaki hüküm de onun gibidir.

Çocuğun, babası aleyhine kazf dâvası açmasında kefillik

Şayet bir çocuk, babasına karşı zina iftirası (kazf) dâvası açarsa, babadan kefil de alınamaz. Onu takip etmeye kalkarsa, buna da izin verilmez. Çünkü bir çocuk, ister had, ister ta'zir, isterse kısas cezası olsun, babasına karşı böyle bir ceza uygulamasını gerektirecek bir iddiada bulunamaz. Babasından alacağı olduğunda da, borcu yüzünden babasını hapsettiremez; ona karşı dâva açtığında da peşini takip edemez. Annesine, dedesine, ninesine karşı dâva açtığında da hüküm yine böyledir.

Bir köle, efendisinin özgür ve Müslüman olan annesine zina iftirasında bulunduğunu iddia ederek, efendisinden dâvacı olduğunda da hüküm yine böyledir. Çünkü aralarındaki mülkiyet hukuku, mülkiyet altında bulunan bir köleyi, kendi sahibine ceza verilmesini gerektirecek bir dâva açma ehliyetinden yoksun eder. Onun bu durumu da anne, baba, dede, nine ile çocuk, torun ilişkisine benzer.

Özgür bir kimse, köle olan birine karşı zina iftirası dâvası açar, hem onun kaçacağından, hem de efendisi hazır olmadan had cezasının uygulanamayacağından korkarak, kölenin ve efendisinin mahkemede hazır edilmesi için kefil gösterilmesini isterse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre hakim bunların hiçbirinden dâvacı lehine kefil isteyemez. Ancak dâvacıya, mahkeme huzuruna getirilinceye kadar onları kovuşturmasını emreder.

Eğer dâvacı efendisinin de hazır bulunduğu celsede köle aleyhine delil getirirse; Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre köle hapsedilir. Dâvacı lehine efendiden kişiye kefil alınır. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise, köle hapsedilmez; duruşmada efendiyi hazır

---

[33] **Mülâane /الملاعنة (Liân /اللعان):** Sözlükte lanetleşmek anlamındadır. Şer'î ıstılahta; kocanın karısına zina isnadında bulunması ve dört şahit getirememesi sonucunda karı ile kocanın, hakim huzurunda şer'î usulüne uygun olarak dörder defa şahadette bulunduktan sonra kendilerine lanet ve gazap okumalarıdır. Koca "zina isnadında doğru olduğuna, eğer yalancılardan ise AllahTeâlâ'nın lanetinin üzerine olmasını"; kadın da "kocasının kendisine zina isnadında yalancı olduğuna eğer doğru ise Allah Teâlâ'nın gazabının üzerine olmasını" yeminle ifade eder. (en-Nûr 24/6-9) Yapılan bu yeminler, koca hakkında hadd-i kazif, kadın hakkında da hadd-i zina yerine geçer ve hakim tarafından araları ayrılır.

etmek için değil de özellikle köleyi mahkemede hazır etmek için dâvacı lehine kefil alınır. Muhammed (rh.a.)'e göre ise, dâvacı lehine hem köle, hem de efendisi için kişiye kefil istenilir.

El- Asl'da Muhammed (rh.a.)'in görüşünün de, Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşü gibi olduğu nakledilir. Buradaki nakilde; efendiden, kişiye kefil alma konusu kastedilmiştir. Hapis konusundaki görüşü ise Ebû Yusuf (rh.a.) gibidir.

Bu konu, iki asıl meseleye dayandırılır. Bunlardan birincisi, daha önce de açıklandığı gibi, kendisine zina iftirası dâvası açılan bir kimseden kişiye kefillik istenilmesidir. Diğeri ise, açıklaması efendisinden kaçan kölelerle ilgili bölümde geçmiş olan, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre, delille ispat edilen bir zina iftirası cezasının ancak köleye, efendisinin uygulanabileceğidir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre, efendi hazır olmasa bile, köleye had cezası uygulanır. Dolayısıyla Ebû Yusuf (rh.a.), efendiden kefil alınmayacağı, çünkü had uygulanması için onun hazır olmasının gerekmediği görüşündedir. Dolayısıyla burada, sadece köleyi hazır etmek için kişiye kefil alınır. **[20/106]**

Böyle bir kimse, tanıklar dinlenmeden veya tanıklar dinlenip henüz tanıklığa uygun oldukları kesinleşmeden hapsedilemez. Çünkü Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre bu dâva, kişiye kefillik konusunda borç dâvası gibidir. Muhammed (rh.a.)'e göre de durum yine böyledir. Ancak ona göre efendi için de kişiye kefil alınır. Çünkü Muhammed (rh.a.), köleye had cezasının uygulanabilmesi için mutlaka efendisinin de hazır bulunması gerektiği görüşündedir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise, kazf cezası ile ilgili dâvada, henüz delil getirilmeden dâvalı kişiye kefil göstermeye zorlanamaz. Ancak böyle bir durumda, dâvalıyı kovuşturma yöntemi seçilir ve delil getirebilmesi için efendinin de mahkemede hazır olması gerekir. Dolayısıyla dâvacı, her ikisinin de kovuşturucusudur. Delil getirildikten sonra ise, köle ta'ziren hapsedilir. Nitekim, kazfde bulunduğuna dair aleyhine delil getirildiğinde özgür bir kimse de hapsedilir. Delil getirilip suç ispatlandıktan sonra efendiden de kefil alınır. Çünkü had cezasının uygulanabilmesi için, efendinin mutlaka hazır olması gerekir. Bunun sağlanması için de, efendinin kendisi bir suç işlemediği için hapsi mümkün olmaz. Ancak dâvacının hakkı göz önünde tutularak yalnızca kefil alınır. Çünkü bu durumda efendiden kefil alınması, hükümlü köle üzerindeki had cezasını güvenceye almak yoktur. Efendi üzerinde, böyle bir ceza yoktur.

Had cezalarında tanıklığa tanıklık

Bir kimse, birine karşı kazf cezasını gerektiren bir dâva açsa ve bu konuda iki tanığı, iki erkek tanığın tanıklıkta bulunduğuna dair tanık olarak gösterse veya bir erkek ile iki kadın tanığı, iki tanığın tanıklık ettiğine tanık gösterse, hakim dâvalıdan kefil alamaz. Tutuklamada da bulunamaz.

Kısas konusunda da hüküm yine böyledir. Çünkü bu tür tanıklık, had ve kısas cezalarında yetersizdir. Şayet böyle bir tanıklık, hırsızlıkla ilgili bir konuda yapılmış

olsaydı, dâvalıdan kişiye kefil alınır, tanıkların tanıklığa uygun olup-olmadıkları araştırılırdı. Çünkü bu tür tanıklarla borç ispatı yapılabilir. Şayet tanıklar araştırılır ve tanıklığa uygun oldukları ortaya çıkarsa, borcun varlığına karar verilir.

Mâlî dâvalarda böyle olmasa da, kısas cezası olmayan bütün yaralama olaylarındaki dâvalarda, hüküm böyledir. Bu tür tanıklıklarla, borç sabit olur.

Cinayete iştirak eden iki kişinin, üçüncü kişi için de tanıklık etmesi

Bir kimse, üç kişi aleyhine kasten adam öldürme dâvası açar, bunlardan ikisi suçlarını ikrar ederler ve üçüncü kişi aleyhine, kendileriyle birlikte bu kasten adam öldürme fiiline katıldığına tanıklık ederlerse; bu iki kişi, cezayı gerektiren bir fiili bizzat işlediklerini ikrar etmeleri nedeniyle hapsedilirler. Üçüncü kişi ise, onların tanıklığıyla hapsedilemeyeceği gibi, kendisinden kefil de alınmaz. Çünkü bu ikisinin üçüncü kişi aleyhine yaptıkları tanıklık, geçerli değildir. Çünkü bu ikisi, fâsık (günahkâr arsız) olup tanıklığa uygun olmayan kişiler oldukları gibi, bu kişiyle aralarında ortak olarak işlenmiş bir fiile tanıklık etmektedirler. Böyle bir konudaki tanıklıkları ise geçerli değildir. Dolayısıyla, üçüncü kişi hakkındaki tanıklıkları, bir kimsenin sırf iddiası konumundadır. Böyle bir iddiayla da, ne hapis, ne de kefil alımı uygulanmasına gidilir.

Şayet kan dâvasında bulunan üç kişi ise, bunlardan biri bir kişiye karşı, diğeri de birkaç kişiye birlikte kasten adam öldürme suçu yöneltmiş ve her biri, iddiasını ispat için tanıklarının hazır olduğunu iddia etmişse, suçlanan kişilerden hiçbiri hapsedilmez. Ancak kendilerinden, mahkemeye getirmeleri için üç gün süreli kefil alınır. Çünkü bu dâvada kısas uygulaması yoktur. Dâvada dâvacının her biri için aleyhte getirdiği delile dayanarak, fidye alma hakkı vardır. Mâlî bir dâvada, kişiye kefillikler üç günle sınırlıdır.

Bir kimse, birine karşı kasten el kesme dâvası açtıktan sonra, o kişiyi dâvadan kurtarsa (ibra etse), sonra da, aynı dâvayı başkası aleyhine açsa, ikinci dâvalıdan kefil alınmadığı gibi, onun aleyhine getirdiği delil de, dâvacının iddiasında çelişki bulunduğu için kabul edilmez. Eğer ikinci dâvalı, ikrarda bulunarak suçu kabul ederse, ikrarına dayanılarak aleyhine hüküm verilir. Çünkü dâvacının kendisi çelişkili iddiada bulunsa da ikinci iddiası, dâvalı tarafından doğrulanmıştır. Ancak bu durumda, dâvalı aleyhine kısas kararı verilmez. Çünkü başkasına yönelttiği önceki dâva, kısas uygulanmasına engeldir. Kısas uygulaması açısından önceki dâva, her ne kadar malî konuda şüphe oluşturmasa da kısas uygulamasında şüphe oluşturur.

[20/107]

Ancak bu nokta da problem vardır. Çünkü, hak sahibi tarafından gelen hukuki bir nedenle –ki bu iddiadakidir- kısas uygulanması mümkün olmuyorsa, böyle bir durumda diyet ödenmesine de karar verilemez. Örneğin; bir kimse diğerine; "senin çocuğunu kasten öldürdüm" dese, o da; "Hayır, yanlışlıkla (hata ile) öldürdün" diye karşılık verse, öldüren kişi aleyhine diyet hükmü verilemez. Hakkında kısas cezası uygulanamayan her adam öldürme, kefillik açısından hata ile

adam öldürme hükmündedir. Hatta iki kişi aleyhine kasten el kestiklerine dair dâva açılsa, bu kişilerden kişiye kefil alınabilir. Çünkü bu dâva, kısası gerektiren bir dâva değildir. Aksine malî dâva sayılır.

Eğer bir kimse, birisinin hata ile adam öldürdüğüne dair iki âdil (tanıklığa uygun) tanık getirirse; hakim, o kişiye diyet ödenmesine karar verir. Böyle bir dâvada, cinâyet işleyen kişiye hapis cezası verilmediği gibi, kendisinden kefil de alınmaz. Çünkü hata ile adam öldüren bir kimse, hukuken mazeretli sayılır. Hata ile işlenen fiiller, İslâm hukuku açısından cezalandırmada yumuşak davranmayı gerektirir. Ayrıca sanığın ta'zir[34] cezası ile cezalandırılması da gerekmez. Ancak cinâyet işleyen ve ölüme neden olan bu kişi, eşkıyadan biri ise, fitne (karışıklık) ve fesada (bozgunculuğa) neden olduğu için hapsedilir. Çünkü yol kesip insanlara korku salan bir kimsenin hapsedilmesi, fitnenin söndürülmesini, yol güvenliğini sağlar.

Bir kimse, iki kişinin sağ ellerini kasten kesse, bu iki kişi de ellerini kesen bu adam hakkında birlikte dâva açsalar ve hakimden bu kişiden, kendisini mahkemeye getirmeye kefil almasını isteseler, bu kişilerin her birinin kısas isteme hakkı olduğundan, hakim bu kişiden onlar lehine kişiye kefil almaz. Görmez misin bu kişilerden biri, delil getirmiş olsaydı, o kişi lehine kısas kararı verilirdi. Şayet ikisi birden delil getirmiş olsalardı, her ikisi lehine de anında kısas kararı verilirdi. İçlerinden birisi daha önce davranarak kısas uygulamasını istemiş olsaydı kendi hakkını alırdı. Ancak her ikisi birden kısas uygulayınca; böyle bir durumda her ikisi lehine bir tek el diyeti verilmesine karar verilir. Onlardan her birine, bir organın yarı diyetinin verilmesine hükmedilir. Her birisinin açtığı dâvanın, kısas dâvası olduğu kesinlik kazandığına göre, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre hakim, bu kişiden kişiye kefil almaz.

Eğer bir kimse, birine karşı elini kasten kestiğine dair dâva açsa, el kesen kişinin eli de çolak olsa ve dâvacı hakime; "ben diyet almayı seçiyorum; ondan benim için kendisine kefil al" dese, hakim, onun lehine kefil alır. Çünkü mağdur, yaptığı seçimle hakkını, mal olarak alacağı kesinlik kazanmıştır. Mala yönelik dâvalarda da, kişiye kefillik geçerlidir.

Ağır hakaret dâvalarında kişiye kefillik

Bir kimse, biri aleyhine kendisine galiz (ağır) küfür veya hakarette bulunduğu iddiasıyla dâva açsa ve bu konuda iki tanık getirse, dâvalı bu dâva nedeniyle hapsedilmez. Ancak, tanıklar dinleninceye kadar kendisinden kendisine kefil istenir. Daha önce de açıklandığı gibi, ta'zir dâvaları, malî dâvalar gibidir; tanıkların tanıklığa uygun oldukları tespit edilinceye kadar, dâvalı hapsedilmez. Sonra hapis,

---

[34] **Ta'zîr /** التعزير Sözlükte; edeplendirmek, terbiye etmek anlamında kullanıldığı gibi yüceltip saygı göstermek manasına gelen karşıt anlamlı bir kelimedir. İslam hukuku terimi olarak ise; dînen belirlenmiş olan cezalardan daha hafif nitelikte olup had ve kefaretin öngörülmediği suçlara verilen cezalara denir.

bu tür dâvalarda verilecek en son cezadır. Görmez misin; tanıkların tanıklığa uygun oldukları tespit edildikten sonra, hakim dâvalının ceza olarak bir kaç gün hapsedilmesini uygun görürse onu hapsedebilir. Ancak kendisini kırbaçla cezalandıramaz. Bu konuda hapis, verilebilecek en son ceza olduğuna göre, tanıkların tanıklığa uygun oldukları tespit edilinceye kadar, uygulanması mümkün değildir. Kısas ve had cezaları ise bundan farklıdır.

Had ve kısas cezalarıyla ilgili konuda açıklandığı gibi; Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre, tanıklar dinlendikten sonra tanıklığa uygun oldukları tespit edilinceye kadar dâvalının hapsedilebileceğine, kefil alınmayacağına, alınsa bile kefilin bu sorumluluktan kurtulacağına işaret edilmiştir. Bunun yorumu; "tanıkların tanıklığa uygunluğunun tespitinden sonra..." şeklinde olabilir. Bundan önce ise, köleye had cezasını gerektiren dâva ile ilgili konuda açıklandığı gibi, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre de, hapis cezasıyla uğraşılmaz.

Saygın birisi hakkında açılan hakaret dâvası

Şayet aleyhine küfür ve hakaret dâvası açılan kişi, toplum içinde saygın birisi ise ve bu durum ilk defa başına geliyorsa, hapsedilmemesini ve ta'zir cezası da verilmemesini daha uygun bulurum. Çünkü böyle kimselerin hakim huzuruna getirilmesi bile, onun açısından bir çeşit cezalandırmadır. İlk defa olan bir hadisede bununla yetinilir. Bu konuda Hasan (rh.a.)'ın Resûlüllah (s.a.v.)'tan naklettiği hadisle uygulama yapılır.

[20/108]

تَجَافَوْا عَنْ ذَوِي الْمُرُوءَةِ إِلَّا فِي الْحَدِّ

Resûlüllah; *"Hatır sahibi, iyi kimselerin sürçmelerini hoş karşılayın üzerlerine fazla gitmeyin; ancak had cezası gerektiren bir suç olursa o zaman herkesle eşit tutun!"*[35] buyurmaktadır.

Dâvalının kaçması durumunda kişiye kefil olanın durumu

Bir kimse, birisi aleyhine cezayı gerektirecek bir dâva açar; dâvalıdan üç gün süreli kişiye kefil alınır, sonra da dâvalı kaçar, hak sahibi, kefili alarak hakim huzuruna getirirse; bu kişi, kefil olduğu kimse getirilip teslim edilinceye kadar hapsedilir. Çünkü kefil, onun teslimini üstlenmiştir. Kendisinden üstlendiği sorumluluğun gereğini yerine getirilmesi istenir.

Bir kimse, biri aleyhine kendisini dövdüğüne, boğazını sıktığına ve hakaret edip kötü söz söylediğine dair dâva açsa ve tanıklarının bulunduğunu söylese, dâvalıdan dâvacı lehine üç gün süreli kefil alınır. Eğer dâvacı, bu konuda iki erkek tanık veya bir erkek iki kadın, ya da iki erkeğin tanıklığına dair iki tanık getirirse, dâvalıya ta'zir cezası verilir. Çünkü ta'zir cezasını gerektiren bir dâva, malî dâva gibidir. Şüphe bulunsa da uygulanabilen cezalardandır.

---

[35] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, IX/147; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, VI/437; Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, V/448.

Tazir cezasının üst sınırı

Had cezaları ile ilgili bölümde de açıklandığını gibi, Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre; ta'zir cezası kırk kamçıdan daha az tutulur. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre; suç ağır ve çirkin bir suç ise, yetmişbeş kamçıya kadar ta'zir cezası verilebilir. Ona göre; böyle bir durumda kölenin ta'zir cezası, otuz dokuz kamçıdır. Bu ek bilgi, burada anılmıştır. Çünkü kırk kamçı, köle hakkında verilebilecek had cezasının en fazlasıdır. Peygamber (s.a.v.);

مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ

"Kim, had cezası gerektirmeyen bir suçta had sınırına ulaşacak bir ceza verirse, hukuk ölçülerini geçmiş sayılır."[36] buyurmuştur:

Kadının, kendisini dövdüğü iddiasıyla kocasına dâva açması

Bir kadın, kocası aleyhine, kendisini aşırı derecede dövdüğüne dair dâva açsa ve hazır tanıklarının olduğunu iddia etse, ya da böyle bir dâvayı, birisi erginlik çağındaki bir çocuğuna veya kardeşine karşı açsa, bu dâvada dâvalıdan üç gün süreli kefil alınır.

Zimmî bir kimse de, Müslüman birine karşı kendine hakaret ettiği, ağır söz söylediği iddiasıyla dâva açsa, ya da zimmî veya köle olan bir kimse, özgür birine karşı böyle bir iddiada bulunsa, hüküm yine böyledir. Çünkü bütün bu konularda açılan dâva, ta'zir dâvasıdır. Ta'zir dâvalarında kefillik geçerlidir.

Borçlu olarak ölen birinin borcuna kefillik

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre; bir kimse, borçlu olarak ve geride bir şey bırakmadan ölse, oğlu veya yabancı biri de alacaklı lehine ölünün borcuna kefil olsa, bu kefillik geçerli değildir. Ebû Yusuf, Muhammed ve Şâfiî (rh.a.)'ye göre, bu kefillik geçerlidir. Şayet ölen kişi, geride borca yetecek mal bırakmışsa, hepsine göre, böyle bir kefillik geçerlidir.

Eğer geride mal bırakmış, ancak bu mal borca yetecek kadar değilse, Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre; kefil olan kişi, ölünün bıraktığı mal kadar sorumluluk üstlenir. Diğerlerine göre ise, kefil, kefil olduğu borcun tümünden sorumludur.

Borçlu olarak ölenin cenaze namazı

Onların bu konudaki delilleri, Peygamber (s.a.v.)'den nakledilen şu hadistir:

أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتِيَ بِجَنَازَةِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ فَقَالَ صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللهِ وَفِي رِوَايَةٍ عَلَيَّ دَيْنُهُ فَصَلَّى عَلَيْهِ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ فَقَالُوا : نَعَمْ ، دِرْهَمَانِ او دِينَارَانِ فَقَالَ صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ . فَقَالَ عَلِيٌّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَيْتُ دَيْنَهُ . فَقَالَ الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدَتُهُ

[36] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/327; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, III/357; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, VI/436; Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, V/600.

"Resûlüllah (s.a.v.)*'a namazını kılması için Ensâr'dan birisinin cenazesi getirildi. "Rasûlallah* (s.a.v.)*; arkadaşınızın borcu var mı? diye sordu. "Evet, iki dirhem veya iki dinar" diye cevap verdiler. Bunun üzerine Peygamber; "arkadaşınızın cenaze namazını kılınız" buyurdu. (kendisi kılmak istemedi)*

Ebû Katâde (r.a.)*; "Ya Resûlüllah! Bu iki dirhem veya dinarı) ben üstleniyorum", deyince, Resûlüllah* (s.a.v.)*, cenazenin namazını kıldırdı. Bir başka rivayette de, bu sözü söyleyen Ali* (r.a.)*'dir*[37].

Şayet iflas edip, geride mal bırakmadan ölen bir kimse için kefillik geçerli olmasaydı, Resûlüllah (s.a.v.) böyle bir kefillikten sonra, bu sahabînin cenaze namazını kıldırmazdı.

Abdülhamid b. Ebû Ümeyye'den nakledildiğine göre; Ensardan biri, arkadaşlarına şöyle demiştir: "Sizden borçsuz ölmeye gücü yeten, borçsuz ölsün. Çünkü ben tanık oldum ki, Resûlüllah (s.a.v.)'a bir cenaze getirildi. Peygamber (s.a.v.); *"Arkadaşınızın borcu var mı?"* diye sordu? Sahabîler; "Evet" diye cevap verince, Peygamber (s.a.v.);

وَمَا يَنْفَعُكُم صَلاتِي عَلَيْه وَهُو فِي قَبْرِه فَرُبَّمَا بِدَيْنِه

"O kabrinde borcu karşılığı rehinken, benim ona namaz kılmam size yarar
[20/109] vermez." buyurdular. Daha sonra Peygamber (s.a.v.);.عنه فَصَلَّيْت قُمْتُ حسنة من *"İçinizden biri, ona kefil olursa, kalkar namazını kıldırırım"* buyurdu[38].

Bu hadis; geride borcu için para bırakmadan ölen, iflas etmiş bir kimseye kefilliğin geçerli olacağının açık bir göstergesidir. Buradaki hukuki gerekçe şudur: Bu kimse, ödenmesi gereken bir borca kefil olmuştur. Borçlu, hayatta iken nasıl böyle bir kefillik geçerli ise, burada da geçerli olmalıdır. Çünkü bu borç, kişi hayatta iken de ödenmesi gereken bir borçtu. Böyle bir borç, ancak ödenerek veya ibra yoluyla, ya da borçlanılmaya neden olan akdin bozulmasıyla düşebilir. Ölümle, bunlardan hiçbirisi meydana gelmemiştir. Görmez misin bu kişi, Ahirette o borçtan sorumludur. Dolayısıyla bu borç kendisinden istenir.

Eğer bir kimse, bu borcu bağış yoluyla ödemek istese yaptığı bağış geçerlidir. Ancak o kişi ölünce, bu paranın kendisinden istenme imkânı ortadan kalkmıştır. Ne var ki, hak, kendi açısından istenebilir bir hak olmaktan çıkmamıştır. Nitekim hayatta ve iflas etmiş durumda iken de hüküm yine böyledir. Bir köle, kendi aleyhine borç ikrarında bulunsa, daha sonra da birisi onun bu borcuna kefil olsa, köleliği devam ederken bu para kendisinden istenemezse de, kefilin kefilliği geçerlidir. Bu durumda hak, kendi açısından bakıldığında istenebilir bir haktır.

---

[37] Abdurrezzak, *Musannef*, VIII/289; İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, III/49; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/297; Ebû Dâvûd, Buyû' 9; Nesâî, Cenâiz 67.

[38] Bkz. Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/75; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, III/151; Ebû Ya'lâ, Müsned, VII/239.

Çünkü kul borcu sorumluluğu, bir kimse öldükten sonra da hukuken devam eder. Ayrıca bu sorumluluk, insana özgü üstün değerlerdendir. Bir kimse ölmekle, insan oğlu için değer ve saygınlık ifade eden hak edilmiş değerlerden sıyrılıp çıkmış sayılmaz. Görmez misin; bu kişi, mal varlığı varken ölseydi; borcu, kalan mala geçtiği için değil, kul borcu sorumluluğu hükmen devam ettiği için üzerinde kalırdı. Çünkü mal, borç edinmek için tam uygun bir yer değil ama, önceden var olan bir borcu kendisinden ödemeye uygun bir değerdir. Şayet bu borç için kefil bulunsaydı, o kişinin kefilliği devam ederdi. Asıl borçlu üzerindeki borcun düşmesi; kefilin kefillik sorumluluğundan berâatini gerektirir.[39] Eğer borç karşılığı rehin verilmişse, bu rehin de, önceden olduğu gibi kalır. Eğer borçlu, iflas etmiş olarak ölür, rehin bıraktığı mal birisinden ödünç alınmış bir mal olursa, böyle bir malın alacaklının elinde rehin olarak kalması ancak o borcun varlığını korumasına bağlıdır.

Mal varlığı olmayan, iflas etmiş bir kimse, birisi tarafından kasten öldürülür, bir kişi de onun borcuna kefil olursa, bu kefillik geçerlidir. Çünkü yerine getirilmesi gereken, kısas mal cinsinden bir şey değildir. Eğer zimmet, hukuki olarak varlığını devam ettirmeseydi, bu durumda kefillik geçerli olmazdı.

Özgür olma anlaşması bedeli olan bir borcun durumu, bundan farklıdır. Çünkü mükâteb[40] bir kölenin ölmesi durumunda, bu hak istenemez. (O, yalnızca kişiye bağlı bir borçtur.) Allah hakkının gâlip olduğu kamu borçlarında da hüküm yine böyledir. Bu borçlar, hüküm açısından dünya hayatında kendisinden istenip zorla alınamaz. Kefillik akdi ise, dünyevî bir hakkı yerine getirmek için yapılır. Bir hakka kefil olunabilmesi için de, genel anlamda o hakkın istenebilir bir hak olması gerekir. Burada da hak, hak olma açısından bakıldığında mala bağlı olan, istenebilir bir haktır. Borçlunun ölümüyle hüküm değişmez. İstenmeye devam edilir.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin görüşünün delili şöyledir: Hak, burada kayba uğramıştır. Kefillik ise yiten borçlar için değil, devam edenler için geçerlidir. Bunun açıklaması şöyledir: Bir hakkın, bağlı olduğu bir yer olmadan hakkın varlığı düşünülemez. Kul borcunun bağlı olduğu yer de, zimmetidir. Bir kimsenin ölümüyle o kişinin zimmeti (borçlanma durumu), borca uygun bir yer olmaktan çıkmıştır. Zimmet ise uhdeden (kişinin üzerine sorumluluk alması), ibarettir. Bunun içindir ki, (İslâm Ülkesinde İslâm Hukukuna uyarak yaşamayı kabul eden gayrı müslim kimselere) zimmet ehli denir. Bu kelime, aslen "(mîsâk=sözleşme) anlamınadır. O da Adem (a.s.) soyundan gelme zürriyet, anlamınadır. Nitekim, Allahu Teâlâ;

---

[39] Son cümle, matbu nüshada yoktur; el yazmasından tercüme edilmiştir. Süleymaniye Kütüphanesi Damat İbrahim Paşa nüshası No: 650, varak. 285/b.

[40] **Mükâteb / المكاتب:** Özgür olmak için sahibi ile belli bir meblağ sağlamak ve getirmek üzere sözleşme yapan köle. Yapılan sözleşmeye de "kitâbet akdi" veya "mükâtebe akdi" denir.

﴿ وإذ أخذ ربك من بني ءادم من ظهورهم ذريتهم ....﴾

" Rabbin Âdem oğullarının bellerinden zürriyetlerini çıkarttı..." (el-A'râf 7/172) buyrulmaktadır.

Bunun tam anlamı, Allahu Teâlâ'nın şu âyetle anılan "ilzam" ile anlaşılır:

﴿ وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه ...﴾

" Her insanın amelini, kendi boynuna bağladık.." (el-Isrâ 17/13) (Nasıl bir gerdanlık onu takan kimsenin boynundan ayrılmıyorsa, ameli de onu işleyen kişiden ayrılmaz.)

Bu hüküm, ölümden önceki hayatın hayat niteligine itibarla böyledir. Ancak o kişi ölümle, dünya hükümleriyle ilgili herhangi bir hak üstlenmeye ehil olmaktan çıkmıştır. Buradan da anlaşılıyor ki; ölen bir kimsenin zimmeti, hak üstlenmeye uygun düşecek biçimde devam edemez. Ahiretle ilgili hükümlerde ölen insan, yeni bir hayata hazırlanmıştır. Dolayısıyla ahiretle ilgili hükümlerde zimmet varlığını korumayı sürdürür. Bundan dolayı, hesaba çekilir. Ancak, âdeten dünya hayatı için hazırlanmıştır. Dolayısıyla dünya hayatıyla ilgili hükümlerde zimmeti devam etmez.

[20/110] Kudreti yüce Allah'a olan borçlarda olduğu gibi ahiretle ilgili hükümler de hak istenmesine itibarla da yine kefilliğin geçerli sayılması mümkün değildir.

Bunun delili şudur; bir kişinin ölümünden sonra yeni bir borç üstlenilmesi için zimmeti varlığını sürdürmez. Yeni bir borç üstlenme için, üstlenecek sorumlu kişinin varlığı nasıl koşul konuluyorsa, hakkın devamı için de koşuldur. Hakkın bağlanacağı yer (kişi) kalmadığına göre, dünya ile ilgili hükümlerde artık zimmet yüklenme yeteneği varlığını sürdüremez. Kefil ise, asıl borçlu üzerinde bulunan bir borcun kendisinden istenmesini üstlenmiştir. Yoksa, asıl borcu kendi zimmetinde üstlenmemiştir. Asıl borçlunun dünya ile ilgili hükümlerde zimmetinde herhangi bir şey kalmadığına göre, kefillik de artık geçerli değildir. Böyle bir borç, alacaklı tarafından istenme hükmü açısından, özgür kılınma bedeli olan borçtan derece itibarıyla daha düşüktür. Her ne kadar mükâteb bir köle, özgür kılınma bedeli yüzünden hapsedilmese de, bu mal kendisinden istenir. Mükâteb kölenin borcu konusunda kefillik geçerli olmadığına göre, burada öncelikle geçerli değildir. Hayatta bulunan ve iflas etmiş bir kimsenin durumu ise bundan farklıdır. O kişinin zimmeti, yeni bir borç üstlenmeye uygundur, ehliyeti vardır. Dolayısıyla üzerindeki borç da varlığını korur.

Kölenin durumu da farklıdır. Her ne kadar kölenin, kölelik nedeniyle zimmeti zayıf ise de, yeni bir hak üstlenmeye yeterlidir.

Mal varlığı bulunan bir kimsenin ölümü de, bundan farklıdır. Böyle bir durumda asıl kastedilen isteme ve hakkı elde etme konusunda mal, zimmetin yerini alır. Çünkü hakkın alınması, asıl hükmen var kabul ederek maldan yapılır.

Önceki konuda ise, kişinin iflas etmiş bir durumda ölmesiyle, geride zimmetin yerini tutacak bir şey kalmamıştır. Bir kimsenin kendi malını bağışlaması ve bundan borcun ödenebileceğini umut etmeye gelince; başkasının malı, sahibi bağışlamadan önce yerine geçme (halefiyet) yoluyla bir başkasının borcunun yerini alamaz.

Kişinin borcunun, kefilli bir borç olması da bundan farklıdır. Çünkü bu durumda kefilin zimmeti, ölen kişinin zimmetinin yerini alır. Kefillik geçerli olduktan sonra, borç zorunlu durumlarda kefilin zimmetine geçer. Kefil bu borcu ödediğinde veya bağışladığında bu zorunluluk gerçekleşmiş sayılır. Burada da zorunluluk gerçekleşmiştir. Bunun içindir ki kefilin, kefillik sorumluluğu devam eder.

Aynı şekilde, asıl hedef olan borcun alınabilmesi konusunda, rehinde alacağın başka bir yerden alınmasında borçlunun zimmetinin yerini tutar.

Eğer bir kişi kasten öldürülürse, Hanefî âlimlerinden bir kısmı (rh.a.), Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin bu kişiye kefil olunamayacağı görüşünde olduğunu söylemişlerdir. Bu rivayetin doğruluğu kabul edilirse; yerine getirilmesi gereken kısas cezası, hak sahiplerinden bazısının affı veya ortaya çıkan bir şüpheyle her an mala dönüşebileceği içindir. Dünya hayatında bu borcun ödenme isteğinin kendisine yönelişi, zimmeti hükmen devam ettirir. Bu hukuki gerekçeyle kefillik de geçerli olur. Bu konuda nakledilen hadise gelince, orada Ebû Katâde'nin veya Ali (r.a.)'nin daha önce var olan bir kefilliği ikrar etmiş olmaları, mümkündür. Kefillik akdinde, ikrar ile yeni bir kefilliği dile getiren ifadeler, aynı kelimelerdir. İçinde bulunulan durumu anlatan bir ifade, genelde yeni bir kefilliğin ispatı sayılmaz. Ayrıca, Ebû Katâde veya Ali (r.a.)'nin bu sözleri, kefillik için değil, vaad için olabilir. Resûlüllah (s.a.v.), ölen bir kimsenin borcunun ödenme yolunun nasıl olabileceğini ortaya koymak için, getirilen cenazenin namazını kılmaya yanaşmıyordu. Onların bu vaadiyle, borcun nasıl ödeneceği ortaya çıkınca, buna dayanarak cenaze namazını kıldırdı. Görmez misin; bu rivayetin devamında geçtiği üzere, Resûlüllah (s.a.v.), Ali (r.a.)'ye; *"İki dinar borç ne oldu?"* diye zaman zaman sorardı. Bir gün Efendimize; "Onları ödedim" deyince, Efendimiz (s.a.v.);

الآن بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدَتُهُ

"Şimdi gönlü serinledi vücudu huzur buldu"[41] buyurdu. Ancak onu ödemeye zorlamadı. Bundan da anlaşıldığına göre, bu bir kefillik değil, bağış vaadi idi.

Diğer hadise gelince; bu hadis şâz[42] dır. Resûlüllah (s.a.v.), bu kişinin malının bulunduğunu biliyor, ama insanlar tarafından onun mal varlığı bilinmiyor olabilir.

---

[41] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/330; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, III/151; Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, VI/347.

Peygamber (s.a.v.), bu yüzden namazı kıldırmak için mirasçılarını bu parayı ödemeye teşvik etmiş de olabilir.

[20/111] Sonra bu hüküm, iflas etmiş, borçlu olarak ölen bir kimsenin cenaze namazının kılınmasının câiz olduğu konusunda icma (görüş birliği) olduğu için kaldırılmış bir hükümdür. Kaldırılmış bir hüküm, delil olarak kullanıldığında güçlü bir delil sayılmaz.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

BİR HAKİMİN, BAŞKA BİR HAKİME KEFİLLİKLE İLGİLİ YAZI YAZMASI

Bir hakim, bir başka hakime, kendi emriyle kefil olan bir kimsenin kişiye kefilliğiyle ilgili bir yazı yazarak ondan bu kefilliği geçerli saymasını istese; tanıklık koşullarına uygun iki kişi bu yazının hakim tarafından yazıldığına tanıklık etse; gönderilen yazıda da kefilin, kefil olunan kimsenin isteğiyle kefilliği kabul ettiğini ve bunun hukuka uygun delillerle ispat edildiğini ifade etse; hakim, kefille birlikte çıkılmasını, kefilin, kefil olduğu kişinin yerini göstererek üstlendiği sorumluluktan kurtulmasını emreder.

Çünkü kişiye kefillik, şüphe bulunan konularda bile sabit olur. Dolayısıyla, bir hakimin diğer hakime yazdığı yazıyla da geçerlidir.

Ayrıca, kendisine yazı yazılan hakimin huzurunda tanık beyanlarıyla sabit olan bir şey, dâvalı tarafın ikrarıyla sabit olan bir şey gibidir. Şayet dâvalı taraf böyle bir ikrarda bulunsaydı, hakim kefille birlikte onu da sorumlu tutardı. Çünkü kendisinden kişiye kefil olmasını isteyerek kefili zor duruma düşüren odur. Dolayısıyla bu durumdan kurtaranın da o olması gerekir. Nitekim, ondan kendi borcuna kefil olmasını isteseydi, üstlendiği sorumluluktan kefili yine onun kurtarması gerekirdi.

Şayet kişi Basra'da kefil olur, Basra hakiminden Kûfe hakimine bu konuda yazı getirirse; bu kefillikten kurtulması için ona kefilliğin gereğini Kûfe'de yerine getirmesi emredilir. Çünkü dâvalıyı teslim için kendisi nereyi belirlemişse, teslimi orada gerçekleştireceğini üstlenmiş demektir. Buna da, kendisinden kefil olmasını isteyen kişinin onunla birlikte teslim yerine gelmesiyle imkân bulabilir.

Teslimi Basra'da yapmak üzere, Kûfe şehrinde kefil olsa, ancak dâvacı, zanlının teslimini hakimden Kûfe'de istese, hakim ona kefille birlikte Basra'ya

---

[42] **Şâz hadis**: Güvenilir bir râvînin, kendisinden belleği daha güçlü bir râvîye veya daha çok sayıda râvînin naklettiği hadise aykırı olarak naklettiği hadistir.

gitmesini emreder; teslim de orada gerçekleşir. Daha önce de açıklandığı gibi; kefil kefillik sorumluluğundan ancak böylelikle kurtulur.

Bir kimseye, teslimin Kûfe şehrinde teslim etmesi koşuluyla yine Kûfe'de kefil olsa; dâvalı ise kefilliğin gereğinin yerine getirilmesini Basra'da istese ve Basra hakiminin Kûfe hakimine bu konuda yazı yazıp teslimin Basra'da gerçekleştirilmesini emretmesini istese; hakim, onun bu isteğine olumlu cevap vermez. Şayet hakim böyle bir yazı yazarsa, Kûfe hakimi, kefil olunan kişiyi kefille birlikte Basra'ya gitmeye zorlayamaz. Çünkü dâvacının teslimi, Basra'da istemesi kefili hiçbir şekilde bağlamaz. O teslimi Basra'da yapmayı üstlenmemiştir.

Eğer kefil, Basra hakiminin, kefilliğin kefil olunan kişinin isteğiyle olduğunu tanıklarıyla birlikte yazmasını isterse, hakim onun isteğine binaen böyle bir yazıyı yazabilir. Öyle ki; Kûfe'ye gelir, dâvacı teslimi ister, dâvalı da teslime yanaşmayıp kendisinin kefillik isteğinde bulunduğunu inkar ederse, Basra hakiminin yazdığı yazı, kefilin kefil olunan kişiye karşı elinde delil olur.

Bir hakim, başka bir hakime, bir kimsenin kişiye kefilliği konusunda yazı yazar, bu yazı da kefilliğin, kefil olunan kişinin isteğiyle olduğunu belirtmezse, kefil olunan kişi, bu kefillikten sorumlu tutulamaz. Bu durum, kefil olan kişinin bir isteğe dayanmadan kefil olduğunu ikrarına benzer. Çünkü bir kimse, başkasının borcuna onun isteği olmadan kefil olursa, o kişi, bu kefillikten kendisini kurtarmak zorunda değildir. Çünkü kefilliği kendi isteğiyle üstlenmemiştir. İsteği olmadan birisini mahkemeye getirmeye kefil olduğunda da hüküm böyledir.

Şayet borca kefil olanlar, aynı zamanda birbirine de zincirleme kefil olan üç kişi ise ve içlerinden birisi bu borcu ödemiş, diğer ikisi değişik beldelerde, asıl borçlu da bir başka beldede ise, ödeyen kefil ödeme yaptığına dair hakim huzuruna tanık getirmiş ve hakimden bunu yazılı olarak kendisine vermesini istemişse, hakim bu yazıyı, her biri bir beldeye gönderilmek üzere üç nüsha olarak yazar ve yazdığı belgede kefilliğin niteliklerini, durumunu ve paranın ödenmiş olduğunu belirtir. Çünkü bütün bunların belirtilmesine ihtiyaç vardır. Olabilir ki; alacaklı her üçünden de sorumluluklarını yerine getirmelerini isteyebilir. Onları her birine delil olması için bu belgeyi verebilir. **[20/112]**

Ancak hakim, dâva konusuna dikkat edilmesi, dâvacının karışıklığa getirerek bütün kefillerden ayrı ayrı para almasını önlemek maksadıyla bütün hakimlere (mektubun ulaştığı her hakime), diğer hakime her bir dâvalı için ayrı yazı göndermesini isteyen bir yazı yazarsa; yazılan bu yazılar da tanıkların isimlerinin, baba adlarının ve hangi kabileye mensup olduklarının (soyadlarının) bulunması gerekir. Çünkü bu yazı, tanıklık bilgilerinin diğer mahkemeye nakli içindir. Dolayısıyla bu yazıda, tanığın tanıtılması gerekir. Tanıkla ilgili bilgi de, ancak kendi adı, baba adı ve kabilesini belirtmekle mümkündür.

Eğer alacaklı alacağını kefillerden birisinden ister, o da; "benimle birlikte olan kefilden borcun yarısını aldın" veya, "asıl borçludan alacağını aldın" derse, bunu delille ispatlandırması gerekir. Çünkü asıl borçlunun kendisi böyle bir iddiada bulunursa, bunu kanıtlamak zorundadır. Kefil iddia ettiğinde de hüküm yine böyledir. Çünkü alacaklının, istekte bulunduğu kefile, borcun yarısı için başvurmasını gerektiren neden açıktır. Kefil ise buna engel bulunduğunu veya sorumluluğun düştüğünü iddia etmektedir. Dolayısıyla bunu kanıtla ispat etmek zorundadır. Eğer elinde kanıt yoksa, borç iddiasında bulunan kişi yemin eder. Daha sonra da kefilden paranın yarısını alır.

Eğer kefil borcu öder, ödediğine dair de diğer bir hakime gönderilmek üzere hakimden yazı alır, ancak o hakimi o şehirde bulamazsa; yazıyı getirdiği hakim, onun için başka bir hakime, yazıyı gönderen hakimin verdiği bilgileri ifade eden ve bu bilgilerin geldiği hakimin kimliğini de belirten bir yazı yazar. Kendisine yazı yazılan bu hakimin de dâvaya bakması, yazıda ifade edildiği gibi, hakkını elde etmesi için o kişiye yardımcı olması gerekir. Çünkü yapılan tanıklık, yazının gönderildiği hakimin huzurunda gönderilen yazıyla ispat edilmiştir. Bu ispat, tıpkı tanıkların gelerek o hakimin huzurunda da tanıklık etmeleri gibi bir ispattır. Dolayısıyla o hakimin de, dâvalının bulunduğu beldenin hakimine bunu ifade eden bir yazı yazması gerekir.

Eğer kendisi için ilk yazı yazan hakim döner; "bana yeni bir yazı yaz. Dâvacı olduğum kişiyi yazı gönderilen hakimin beldesinde bulamadım" derse; önceki yazdığı yazıyı getirmediği sürece, dâvalının hakkını da göz önünde tutarak yeni bir yazı yazmaz. Çünkü dâvacı, ikinci defa böyle bir yazı alarak, karışık bir ortam meydana getirmek isteyebilir. Aldığı her yazıyı da kullanarak, her birinden ayrı ayrı para almaya çalışabilir. O kişinin hakkı ise yazıda belirtilen tek bir alacaktır.

Şayet hakim, önceki yazısını kendisine getirmeden ona yeni bir yazı yazarsa, dâvacı ve dâvalının hakkını iyi kullanmadığı, iki taraftan birisine meylettiği, karışıklığa imkân hazırladığı için hatalı davranmış, görevini gerektiği gibi yerine getirmemiştir. Yeniden yazılan bu yazıda; filan şehrin hakimine bu mektuptan bir nüsha yazıldığı ve içinde şunların belirtildiği açıklanmalıdır. Böylelikle meydana gelecek karışıklıkların (karıştırmaların) bir kısmı önlenecek, yazıyı kaleme alan hakim, haksızlığa yol açmaktan kendisini kısmen korumuş olacaktır.

Bir hakim diğerine, kefile kefil olan kişinin bu borcu ödediğini yazarsa, yazdığı yazı geçerlidir. Eğer kefillik emrini veren kendisi ise, ikinci kefilin ödediği para, önceki kefilden alınır. Bu kişi, ödediği parayı asıl borçludan isteyemez. Çünkü kendisine kefil olmasını ondan isteyen asıl borçlu değil birinci kefildir. Üstlendiği kefillikten kurtuluş da, kefil olmasını isteyerek ona bu sorumluluğun yüklenmesine neden olan kişi (birinci kefil) tarafından gerçekleştirilmelidir.

Eğer bu kişiden, kefil olmasını isteyen, birinci kefil değil de asıl borçlu ise, o kişiye kefillik için emir vermiş sayılamaz. Asıl borçla yine o sorumludur. Bu açıdan kendine kefil olarak bu borcu üstlenmesini istemekle, kefiline kefil olarak üstlenmesini istemesi arasında bir fark yoktur.

Şayet kefil, kefil olduğu borcu öder, hakim de buna dair ona yazı verir, verdiği yazıda, borçlunun isteğiyle kefil olduğunu belirtmezse, yazının geldiği hakim, bu parayı kefile geri verdirtemez. Çünkü asıl borçlu, böyle bir kimsenin kendisine kefil olduğunu ikrar eder, ancak bu kefilliğin kendi isteğiyle olduğunu inkar ederse; kefil olan ikinci kişi, herhangi bir şey almak için ona başvuramaz. Bu durum, tanıkların beyanıyla ispat edildiğinde de hüküm yine böyledir. [20/113]

Eğer böyle bir durumda kefil olan kişi, başka bir hakimden kefilliğin asıl borçlunun isteğiyle olduğuna dair bir yazı getirirse, bu yazı geçerlidir. Para asıl borçludan alınır. Bu durum, borçlunun ikrarına veya iki tanığın bu konuda tanıklık etmesine benzer.

Allahu Teâlâ doğruyu daha iyi bilir.

HAVALE VE KEFİLLİK AKİDLERİNDE TANIKLIK VE YEMİNLE İLGİLİ HÜKÜMLER

Kişiye kefilliğe tanıklık edenlerin, kefilliğin yeri veya süresi konusunda ihtilafları

Bir kimse, bir başkası aleyhine kişiye kefillik dâvası açsa ve iki tanık da bu konuda tanıklık etseler, ancak kefillik akdinin yapıldığı zamanda veya şehirde görüş ayrılığına düşseler, ya da tanıklardan birisi; kefillik sözleşmesi "bir ay", diğeri ise; "iki ay" vâdeli diyerek, veya biri vâdesiz, diğeri de bir ay vâdeli olduğunu söyleyerek farklı farklı ifadeler verseler, bütün bu durumlarda kefillik akdi geçerli ve bağlayıcıdır.

Çünkü kefillik yenilenebilen ve tekrar tekrar söylenebilen bir sözdür. Dolayısıyla ikinci dereceden konularda tanıkların görüş ayrılıklarına düşmesi yapılan bu kefilliğin aslının hükmünü değiştiremez.

Tanıkların kefil olunan kişiyi tanımamaları

Eğer iki tanık, o kişinin tanımadıkları birini mahkemeye getirmeye kefil olduğuna tanıklık eder; "kendisi getirilirse, yüzünü gördüğümüzde onu tanıyabiliriz" derlerse, bu tanıklık da geçerli sayılır. Çünkü bununla kefilin söylemiş olduğu söze, tanıklık etmektedirler. Onların tanıklığıyla ispat edilen sözü, kendi ikrarıyla sabit olan söz gibidir. Hakim dâvacıya, tanıkların tanıması için kefili mahkemeye getirmesini emreder ve bu tanıklığa dayanarak karar verebilir.

Şayet tanıklar; "adını bilmediğimiz gibi yüzünü görsek de tanıyamayız" deyip, sadece kefilliğe tanıklık ederlerse, yine de kefilliğin varlığına hükmedilir. Bu durum, kefilin hakim huzurunda bu kişi lehine kişiye kefil olduğunu ikrar edişine benzer. kefile; "kimi getirir ve kefil olan kişi budur, der ve buna yemin edersen, kefillik

sorumluluğundan kurtulursun" denilir. Çünkü ikrar edilen bir şeyin bilinmezliği, ikrarın geçerliliğine engel değildir. Bilinmezin, bilinir olmasıyla ilgili konuda geçerli söz, ikrarda bulunan kişinin sözüdür. Bu durum, belli bir kişiden haksız yere mal alma ikrarına veya tanıkların böyle bir ikrara tanıklığına benzer. Eğer tanıklardan biri, "Falan kişinin kendisine kefil oldu", diğeri de; "Bir başka adamı kastederek; "Falan kişinin kendisine kefil oldu" derse, her iki tanık, aralarında uzlaşmanın yapılması mümkün olmayacak derecede ayrı ayrı şeye tanıklık ettiklerinden, bu tanıklıkları geçersizdir.

Bir kimse, bir kişinin, iki kişinin kendisine kefil olduğuna dair dâva açsa ve bu konuda iki tanık getirse; bu tanıklar, kefillerden biri ile ilgili tanıklık ederek ona olan kefilliği ispat etseler, diğerine olan kefillik konusunda ise görüş ayrılığına düşseler; biri, kefil olduğunu söylerken diğeri o kişinin kefilliği konusunda şüpheye düşse, üzerinde görüş birliğine vardıkları kefillik, geçerli sayılır. Çünkü onunla ilgili ispat işi tamamlanmış, diğeri ise tanıklardan birinin şüpheye düşmesi nedeniyle ispat işi tamamlanamamıştır. Bu kişilerden birine olan kefillik, diğer kefillikten ayrı kabul edilir.

Şayet iki kişi, birisinin babalarına kefil olduğuna ve yine o kişinin ikinci bir kişi lehine olmak üzere, üçüncü bir kimsenin kendisine kefil olduğuna tanıklık ederlerse, yaptıkları tanıklık geçersizdir. Çünkü onlar, yaptıkları tanıklığı tek bir cümle içinde bir bütün olarak yapmışlardır. Babalarının hakkıyla ilgili tanıklıkları, geçersiz olduğu için diğer kişi hakkında yaptıkları tanıklık da, yapılan tanıklık, bir tek tanıklık olduğu için geçersizdir. Bir diğer ifadeyle bir tanıklıkta iki tanıklık iddiası ileri sürülemez, ifadeleri bir bütün olarak değerlendirilir.

Eğer iki kişi, birisi aleyhine ve belirli bir kimse lehine "filan kimseyi yarın teslim edemezse, bin dirhem tutarındaki borcuna kefil" olduğuna tanıklık ederlerse; bu tanıklık, geçerlidir. Çünkü tanıklıkla sabit olan şey, gözle görülerek veya karşı tarafın ikrarıyla sabit olan şey gibidir.

[20/114] Eğer tanıklar vakit, yer veya vâde konusunda görüş ayrılığına düşerler, dâvacı da görüş ayrılığına düşülen vâdelerden daha yakın olanı iddia ederse, tanıklık geçerlidir. Eğer vâdelerden uzak olanı iddia ediyorsa, yapılan tanıklık geçersizdir. Çünkü uzak olan vâdeyi iddia ettiğinde, tanıkların sözünü yalanlamıştır. Onun bu yalanlaması, kendi lehine yapılan bir tanıklığı yalanlamadır. Dâvacının kendi lehine yapılan bir tanıklıkta, kendi tanığını yalanlaması, tanıklığı geçersiz duruma getirir. Önceki durum ise bundan farklıdır. Orada dâvacı, tanığı iki vâdeden uzun olanı konusunda yalanlamıştır. Böyle bir yalanlama, tanıklığa zarar vermez.

Tanıkların, iddia edilen borcun miktarında ihtilafları

Bu durum, dâvacının bin dirhem borç iddia edip, tanıklardan birinin bu borcun bin beşyüz dirhem olduğuna tanıklık etmesine benzer. Böyle bir dâva, geçersiz sayılır. Eğer kendisi bin beşyüz dirhem alacak dâvasında bulunur, tanıklardan birisi borcun bin dirhem olduğunu söyleyerek kendine tanıklık ederse,

her iki tanığın tanıklığı aynı hukuki gerekçeyle bin dirhem borç konusunda geçerli kabul edilir. Çünkü bin beş yüzün içinde bin zaten vardır.

Tanıkların borcun cinsinde ihtilafları

Eğer her iki tanık, borcun cinsinde görüş ayrılığına düşerler, biri, bu borcun dirhem cinsinden, diğeri de dinar cinsinden olduğuna tanıklık ederlerse, yaptıkları tanıklık, bunlardan hiçbirisi için geçerli sayılmaz.

Eğer dâvacı, borcun ikiye bölünmüş (yarısının altın, yarısının gümüş para) olduğunu iddia eder; bunlardan birine tanıklık edildiğini, diğerine ise tanıklık edilmediğini söylerse, bu tanıklık geçerli değildir. Çünkü lehine yapılan tanıklıkta, dâvacı tanıklardan birini yalanlamıştır. Dolayısıyla her iki tanığın da tanıklıkları, geçersizdir. Eğer her iki bölümde de dâvacı olursa, tanıklıkları, kişiye kefillikte geçerli, mala (borca) kefillikte geçersiz sayılır. Çünkü bu durumda tanıklardan hiçbirini yalanlamamıştır; her iki tanığın tanıklığı, uyuşma olan kısımda geçerli uyuşma olmayan kısımda geçersiz sayılır. Buna göre karar verilir. Bu tanıklığa dayanarak, her bir tanığın yalnız kaldığı kısımda hüküm vermek mümkün değildir.

Tanıkların borcun kaynağında ihtilaf etmeleri

Her iki tanık, borcun bin dirhem olduğunda görüş birliğinde olur, ancak tanıklardan biri bu borcun ödünç alınan bir para nedeniyle olduğunu, diğeri ise satın alınan bir malın bedeli olduğunu söylerse; lehine tanıklık yapılan kişi de; "bu kişi benim ödünç para aldığıma tanıklık etme" derse, ödünç para konusunda tanığı yalanlamış olur. Onun lehine yaptığı tanıklıkla ilgili hiçbir beyan geçerli sayılamaz.

Şayet alacaklı borcun iki bin dirhem olduğunu; bunlardan bininin ödünç, bininin de satın alınan bir malın bedeli olduğunu iddia ederse, bu durumda tanıklardan hiçbirini yalanlamamıştır. Dolayısıyla bu kişilerin kişiye kefillik ve bin dirhem borç konusunda görüş birliğinde oldukları için bin dirhem borçtaki tanıklıkları geçerlidir. Bu bin dirhemin hangi yönden borç olduğu konusundaki görüş ayrılıkları, borcun varlığına karar verilmesine engel değildir. Tanıkların farklı görüşleri, borcun azlığı veya çokluğu konusunda değildir. Çünkü borcun nereden kaynaklandığı istenmemektedir. Asıl istenilen, borcun bizzat kendisidir. Önceki konu ise, bundan farklıdır. Orada asıl kastedilen; malın cinsi konusunda farklı tanıklıkta bulunulmasıdır.

Şayet tanıklık yapan iki kişi, asıl borçlunun borcuna kefil olan kişilerse, tanıklıkları geçerli değildir. Çünkü onlar, bu tanıklıklarıyla kendilerine de yarar sağlamaktadırlar. Eğer alacaklı, bu borcu, aleyhine tanıklık yapılan kişiden alırsa, o kişi bu ödemeyle sorumluluktan kurtulur.

Bunun gibi, bir kimsenin çocukları veya babası hakkındaki tanıklığı da geçerli değildir. Çünkü bu tanıklık, kendisine de yarar sağlamaktadır. Asıl borçlunun oğlunun bu konuda kefil aleyhine tanıklığı da geçerli değildir. Çünkü bu tanıklık, babasına yarar sağlamaktadır. Alacaklı, hakkını kefilden aldığında, asıl borçlu borçtan kurtulur.

Kefil, borcu kabul edip asıl borçlu inkar ettiğinde, kefilin çocuğunun tanıklığı da geçersizdir. Çünkü bu durumda, babası lehine ödeme yaptığı ve asıl borçluya başvurma hakkı olduğuna tanıklık etmektedir. Eğer kefil, borcu inkar eder, asıl borçlu ise kabul ederse, kefilin çocuğunun borcun varlığı konusundaki tanıklığı geçerlidir. Çünkü bu durumda yaptığı tanıklık, babasının aleyhinedir. Onun alacaklı lehine borç üstlendiğine tanıklık etmektedir.

[20/115] Bir kimse, biri aleyhine; onun kendisi için birinin kendisine kefil olduğunu, kefil olduğu kişiyi ertesi gün teslim edemediğinde, o kişideki bin dirhem alacağına kefil olduğunu iddia eder ve bu konuda iki tanık da, dâvacı lehine tanıklıkta bulunursa ve tanıklar, kefil olunan kişinin isteğiyle bu kefilliğin gerçekleştiğini söylerler, kefil ile kefil olunan kişi de, hem borcu ve hem de kefillik isteğini inkar ederlerse; hakim, bu tanıklığa dayanarak kefil aleyhine karar verir. Eğer kefil olduğu kişiyi teslim edemezse, borç ondan alınır.

Biz Hanefîlere göre; eğer bu durumda kefil borcu öderse, kefil olduğu kişiye başvurabilir. Züfer (rh.a.)'e göreyse başvuramaz. Çünkü o, hakim huzurunda bu kişinin kendisinden herhangi bir şeye kefil olmasını istemediğini ikrar etmiştir. Yaptığı ikrar da kendi aleyhine delildir. Ayrıca, kendi kanısına göre, borcun alınması konusunda kendisine haksızlık yapılmıştır. Haksızlığa uğrayan bir kimsenin başkasına haksızlık etme, hakkı da yoktur.

Biz Hanefîlere göre ise; hakim, tanıkların tanıklığına dayanarak bu kişinin kefillik borcuyla yükümlü olduğuna karar vererek, ikrarında ve kanısında onu yalanlamıştır. İkrarda bulunan bir kişi, hükmen bu ikrarında yalanlandığında, ikrarının hukuki değeri kalmaz. Nitekim bir alıcı da, satın aldığı malın mülkiyetinin satıcıya ait olduğunu ikrar ettikten sonra; satın aldığı mal, mülkiyet iddiası dâvası açılarak ve tanıkların tanıklığına dayanarak elinden alınırsa; o da, ödediği bedeli almak için satıcıya başvurur. Bu konuda daha önce yaptığı ikrarı, dikkate alınmaz.

Şayet kefil, kişiye ve mala kefilliği ikrar eder, ancak; "Kefillik konusunda benden bir istekte bulunulmamıştı" derse, hakim de onun bu ikrarına dayanarak aleyhinde karar verir. Daha sonra da kefil, kendisine güvence verdiği kişinin kendisinin kefilliğini istediğine dair delil getirirse, bu konuda getirdiği delil, kabul edilmez.

Çünkü önce kendisinden böyle bir istekte bulunulmadığını ikrar ettiği için, önceki iddiasıyla çelişkiye düşmüştür. Çelişki içindeki bir kimsenin, dâvalı aleyhine delili de kabul edilemez. Ayrıca hakim, onun bu konuda kendi aleyhine yaptığı ikrara dayanarak, kefillik borcuyla yükümlü olduğuna karar vermiştir. Onun ikrarı, asıl borçlu aleyhine delil olamaz. Önceki durum ise bundan farklıdır. Orada hüküm, delile dayanarak verilmiştir. Sunulan delil, hem kefil hem de asıl aleyhinedir.

Bir kimse, birisinin isteğiyle onun kendisine kefil olur, o kişiyi yarın teslim edemezse borcu da üstleneceğini söyler, sonra da kefil, onu teslim ettiğini iddia ederse; bu iddiası ancak delil getirdiğinde kabul edilir. Çünkü üzerindeki borç sorumluluğunun kefillik nedeniyle doğduğu, herkesçe bilindikten sonra, bu sorumluluğun düştüğünü veya sorumlu tutulmaya bir engel meydana geldiğini iddia etmektedir. Eğer teslim ettiğine dair delil getirirse, hem kişiye hem de mala kefillik sorumluluğundan kurtulur. Çünkü delille sabit olan şey, gözle görülerek sabit olan şey gibidir. Getirilen tanıkların, bu konuda, teslimin gerçekleştiğine tanıklık etmeleri ile alacaklının teslim aldığına dair ikrarına tanıklık etmeleri arasında fark yoktur.

Şayet tanıklar ikrarın yapıldığı yer veya vakit konusunda farklı ifadelerde bulunurlarsa, tanıklık yine geçerlidir. Çünkü ikrar, tekrarlanabilen, bir sözdür.

Eğer tanıklardan biri, ikrara tanıklık etmeyip de, teslimin -kendisi de hazırken- sabah gerçekleştiğine, diğeri de, yine ikrara tanıklık etmeyip de teslimin -kendisi de hazırken- akşamleyin gerçekleştiğine tanıklık ederse, dâvacı da bunlardan birini veya "sabah da teslim etmiş olabilirim, akşamda" diyerek her ikisini de söylerse; bu kişilerin yaptığı tanıklık, tanıklık ettikleri şey konusunda farklı ifadeler kullandıklarından geçerli değildir. Çünkü bir yer veya zamanda yapılan bir fiil, başka bir yer ve zamanda yapılan fiilden farklıdır.

Şayet kefil, kefil olduğu kişiyi dâvacıya teslim etmediğini, böylece borcu üstlenmiş olduğunu ikrar eder, tanıklar da görüş birliği içinde bu borcun geçersiz olduğuna tanıklık ederlerse; kefil, tanıkları kendi lehine yaptıkları tanıklıkta yalanladığından borçtan sorumludur. Bu borcu ödediğinde, ödediğini almak için kendisine kefil olduğu kişiye başvuramaz. Çünkü kendi ikrarı, bunu gerektirir. Borçtan sorumlu olmadığı delille ortaya konduktan sonra da yaptığı ikrar, kendisini bağlar. Ancak onun bu ikrarı, asıl borçlu aleyhine delil olamaz.

Eğer bir kimse, birisinin kendisine kefil olur, onu yarın teslim edemezse borcu üstleneceğini söylerse; bir tanık da bizzat buna tanık olduğunu söyleyerek tanıklık yaparken, diğer biri de bunu ikrar ettiğine tanıklık ederse, kefil inkar etse bile kefillikten sorumlu tutulur. Çünkü kefillik, bir sözdür. Kefillik konusunda ikrar ile, yeni bir kefillik ifade eden sözler, arasında bir fark yoktur. Böyle bir durumda tanıklar, var olan kefilliği ikrar ile yeni bir kefillik akdi yapıldığı konusunda farklı ifadeler kullansalar bu, alım-satım akdinde olduğu gibi kefilliğe zarar vermez. Şayet iki tanık, bir kimsenin birisi lehine bin dirhem tutarında borcu olan birine kefil olduğuna tanıklık ederler; ancak kullanılan ifadede farklı şeyler söylerlerse; **[20/116]** meselâ biri, "borca kefil oldu" derken, diğeri; "borcu garanti etti, güvence verdi" derse veya birinin, "borcun sorumluluğu banadır" diğerinin de; "o borcu ben üstleniyorum" dediğini söylerse, asıl amaç olan kefillik konusunda ifade birliği olduğu için, tanıklık geçerlidir. Kullanılan kelimeler, anlamlar için birer kalıptırlar.

Tanıklık konusu olan akitte görüş birliği içinde olduklarına göre; kullandıkları kelimelerin farklı olması, tanıklıklarına zarar vermez. Nitekim yapılan bir bağış için tanıklardan biri; "hibe=bağış", diğeri, "nahle=atıyye" kelimelerini kullansa hüküm yine böyledir.

Eğer tanıklardan biri; "borcu kendisine havale etti", diğeri de "önceki borçluyu ibra koşuluyla ödeme güvencesi verdi (kefil oldu)" der veya ibrayı hiç dile getirmezse, dâvacı ise güvence, ya da havale ve ibra iddiasında bulunursa; alacağını havale edilen kişiden alabilir.

Çünkü tanıklar, her ne kadar farklı kelimeler kullansalar bile, havale yapıldığında veya tanıklık konusu olan borç üstlenmesinde ifade birliği içindedirler. Nitekim tanıklardan biri, güvence verildiğine tanıklık edip ibradan söz etmediğinde de hüküm böyledir. Çünkü havale akdinde, güvence olduğu gibi daha fazlası da vardır. Dolayısıyla tanıkların ifade birliği ettiği kadarıyla hükmedilir.

Asıl borçlu, tanıklardan birinin, akdin havale akdi olduğu yolundaki tanıklığıyla değil, alacaklının ikrarıyla borç sorumluluğundan kurtulur.

Şayet alacaklı, ibradan söz etmeden güvence iddiasında bulunur ve "ben bu kişiye havalede bulunmadım" derse; tanıklar, güvence verme yoluyla üstlenebilen borcun miktarında ifade birliği ettikleri için alacağını dilerse asıldan, dilerse kefilden alabilir. Alacaklı da, havalede bulunulduğuna dair tanıklık yapan kişiyi kendi lehine yaptığı tanıklıkta yalanlamamış, asıl borçlunun ibrasını gerektirecek şekilde aleyhine yaptığı tanıklıkta yalanlamıştır. Bu da, tanıklığın kabulüne engel değildir. Nitekim iki tanık, bu kişi lehine alacağı olduğu konusunda tanıklıkta bulunsalar fakat birisi, bu alacağın alındığını ya da alacaklının borçlusunu ibra ettiğini söylerse durum böyledir. Nitekim; eğer iki tanık, bu kişi lehine asıl borçlunun ibrası koşuluyla birinin borcuna kefil olduğuna tanıklık etseler, alacaklıda; "Asıl borçluyu ibra etmedim" dese; kefil ise, kefilliği inkar etse, alacaklı lehine kefilliğin varlığına hükmedilir. Eğer tanıkların borçtan kurtarıldığına (berâete) tanıklık ettiklerini iddia ediyorsa, asıl borçlunun borçtan sorumlu olmadığına, ibra edildiğine karar verilir. Buradan da açığa çıkıyor ki; tanıklar, ibra konusunda alacaklının lehine değil, aleyhine tanıklık etmişlerdir. Havalede bulunulduğu konusunda tanıklık yaptıklarında da, durum yine böyledir.

Alacaklı; "lehime kefil olmuştu" derse, borca kefillik konusunda lehine tanıklık yapan kişileri yalanlamış sayılmaz.

İki kişi, bir kişi için, birinin lehine bin dirhem tutarındaki borca kefil olduğuna tanıklık ederler, ancak tanıklardan biri, bu borcun bir yıl vâdeli, diğeri ise vâdesiz borç olduğunu söylerse; alacaklı, peşin olduğunu iddia etse, kefil ise kefilliği inkar etse veya kefilliği ikrar edip, bir yıllık vâdenin var olduğunu iddia etse, bu borçtan iki açıdan sorumludur. Birisi; alacaklı, tanıkları, lehine tanıklık yaptıkları konuda yalanlamamıştır. Fakat aleyhine yaptıkları tanıklıkta yalanlamıştır. Kefil lehine vâde

tanıklığında bulunan kişi ise bir tek kişidir. Daha önce de açıklandığı gibi; Züfer (rh.a.), bütün bu konularda Hanefîlerin çoğunluğundan ayrı görüştedir. İkincisi o, lehine tanıklık ile aleyhine tanıklığı yalanlamayı birbirinden ayırmamakta, tanık beyanını bir bütün olarak değerlendirmektedir.

Bir kimse, iki kişinin, bin dirhem borca kefil olduklarını ve ayrıca, birbirlerine de zincirleme kefil olup borç konusunda güvence verdiklerine dair dâva açsa, iki tanık da, onun lehine tanıklık yapsa, tanıklardan biri, bu kişiler aleyhine yukarıda sözü edildiği şekilde tanıklık yaparken diğer tanık, bu tanıklığı kefillerden biri aleyhine yapsa; bu durumda alacaklı, bin dirhem tutarındaki alacağını, her iki tanığın ifade birliği ettiği kişiden alır. Çünkü bu iki kişiden her biri, bu kefilliğin hükmü gereği, bütün borçtan sorumludur. İkisinden birisi, aleyhine delil tamamlanmıştır.

Eğer bir kimse, bu iki kişi aleyhine, diğer bir tanık, ikisinden biri aleyhine, üçüncü bir tanık da, diğer kişi aleyhine tanıklık yaparsa; alacaklı, parasını her ikisinden de alabilir. Çünkü bu durumda delil, her ikisi hakkında da tamamlanmıştır. Birisi hakkında ilk iki tanığın tanıklığıyla, diğeri hakkında da ilk iki tanıktan birisiyle, üçüncü tanığın tanıklığıyla ispatlanmıştır. İkisi hakkındaki delil eşittir. [20/117]

Eğer iki tanık, bu kişilerden biri aleyhine; o, filan kimse ile birlikte, filanın bin dirhem borcuna, bu borcu hangisinden isterse ondan almak üzere kefil olduğuna; başka iki tanık da, başka kefil aleyhine aynı şekilde tanıklık etseler; alacaklı, alacağının hepsini bu kefillerin hangisinden isterse ondan alabilir. Çünkü borcun bütününü üstlendiğine dair delil, her iki kefil aleyhine de sabit olmuştur.

Eğer iki tanık, dâvacı lehine borçlu aleyhine vâdesiz borca kefil olduğuna, diğer iki tanık da bir başkası aleyhine önceki tanıklık gibi, ancak vâdeli olarak kefil olduğuna tanıklık etseler, tanıklıkları geçerlidir. Bu iki durumda alacaklı, "delille ispatlanan bir şey, gözle görülerek sabit olan, şey gibidir," kuralını dikkate alarak, alacağını vâdeli kefilden vâdeli olarak, vâdesiz olandan da vâdesiz olarak alabilir.

İki tanık gruba, borcun miktarında farklı ifadeler kullandığında da hüküm yine böyledir. Alacaklı, tanıkların aleyhine tanıklık ettiği kişilerden dilediğinden, sanki her biri bu kadar miktar ikrar etmiş gibi, para alır.

Bir kimse, adını verdiği birisindeki bin dirhem alacağına, bir kimsenin kefil olduğunu iddia eder, iki tanık da, sözü geçen kişinin dâvacı lehine, ismini bilmedikleri bir adamın bin dirhem tutarındaki borcuna kefil olduğuna tanıklık ederler, ancak; "Kendisini gördük ama tanımıyor, ismini de bilmiyoruz" veya "Görmedik ama kefilin kendisi bizi kefillik akdine tanık yaptı" derlerse; kefil bu borcu üstlenmek zorundadır.

Çünkü iki tanık, onun söylediği söze tanıklık etmektedirler. Bu da ikrarına tanıklık gibidir; lehine tanıklık yapılan kişi ise bilinmektedir. Bu durumda kefil

borcu öderse, kefil olduğu kişiye ancak iki tanığın, o kişinin isteğiyle kefil olunduğuna tanıklık ederlerse başvurabilir. Eğer alacaklı, alacağını kefilden değil de asıldan almak isterse, asıl bu borcu inkar ettiği sürece alamaz. Çünkü önceki delil, tanıklar kendisini tanımadığı veya görmediği zaman, asıl borçlu aleyhine delil olamaz.

Bir kimse birisi aleyhine, bin dirhem borç için orada bulunmayan birisi tarafından havale edildiğini iddia etse ve bu konuda delil getirse kendisine havale yapılan kişi de bu borcu ödese, ödediği parayı almak için havaleyi yapan kişiye başvurabilir. Ona başvurabilmesi için tanıkların yeniden dinlenilmesine ihtiyaç yoktur. Çünkü kendisine havale yapılan kişi havale yoluyla asıl borçlunun yükümlü olduğu bir borcu üstlenmiş, borç önceden asılın zimmetinde iken yerine geçirme yoluyla asılın zimmetini aldığı için onun zimmetine geçmiştir.

Bunun içindir ki, kendisine havale yapılan kişi, iflas etmiş olarak ölse, borç yeniden asıla döner. Alacaklının karşı tarafı yeniden o olur. Kendisine havale yapılan kişiye havale edilen borçla yükümlülük kararının verilebilmesi için, bu borcun havale yapılan kişinin borcu olduğuna hükmedilmesi gerekir.

Eğer alacaklı ortada yokken kendisine havale yapılan kişi, asıl borçluya, "Senin filan kimseye bin dirhem borcun var; bu borcu bana havale ettin; ben de borcu ödedim," diye dâva açar, delil getirirse, getirdiği delile dayanarak asıl borçlu aleyhine karar verilir. Bu karar, aynı zamanda alacaklının da hakkını aldığına dair karardır. Çünkü havale yapılan kişi, asıl borçludan ödediği alacağını iddia etmektedir. Onun iddiasına ulaşabilmesi için, borcun alacaklıya ödenmiş olması koşuldur. Asıl borçlunun da böyle bir iddiadan kurtulması, ancak alacaklının bu parayı teslim aldığını inkarla mümkündür. Karar verildikten sonra, alacaklı gelip hazır olursa yaptığı inkar, dikkate alınmaz.

Kefillik veya havale iddiasının ispat edilememesi

Bu konuda kefillik akdi, havaleye kıyas edilir. Bir kimse, birisi aleyhine kişiye veya mala kefillik ya da havale iddiasında bulunur ve elinde de delil olmazsa, dâvalı yemine çağırılır. Şayet yeminden kaçınırsa, sorumluluğu üstlenmiş olur. Eğer yemin ederse, sorumluluktan kurtulur. Dâvacı, alacağı için yeniden asıl borçluya rücû eder.

Hükmün böyle olduğu, kefillik akdinde açıktır. Çünkü kefillik akdi, alacaklının alacağını asıl borçludan isteme hakkını düşürmez. Havalede de bir sorun yoktur. Çünkü asıl borçlu, havale kesinlik kazandığı zaman borçtan kurtulur. Kendisine havale yapılan kişi yemin ettiğinde, havale akdi kesinlik kazanmamış demektir. Ayrıca kendisine havale edilen kişi, havaleyi inkar edip yemin ettiğinde, havale yapılan kişinin malının kalmadığı kesinlik kazanmıştır. Bu da, borcun yeniden havaleyi yapan asıl borçluya dönmesini gerektirir. Nitekim kendisine havale edilen kişi, iflas etmiş olarak öldüğünde de hüküm yine böyledir.

[20/118]

Eğer yemine yanaşmaz ve parayı öderse; asıl borçlu, havale emrini kendisinin verdiğini ikrar ediyor veya havaleyi onun yaptığı delille ispatlanıyorsa, ona başvurur. Kendisine havale yapılan kişinin inkarı, bu havaleyi geçersiz duruma getirmez. Çünkü hakim, aleyhine karar verince, o, yalancı durumuna düşmüştür. Onun bu konuda yemine yanaşmaması, ikrar gibi kabul edilemez; aksine yeminden kaçınması dâvanın delille ispatı gibi kabul edilir. Çünkü o, bu şekildeki bir yeminden kaçınmak zorunda kalmıştır. Bu zorunluluk da başkası adına yaptığı bir fiil yüzündendir. Onun bu durumu, bir malı satmak için vekil belirlenen kişinin durumuna benzer. O da, malın kusurlu çıkmasıyla ilgili bir dâvada yeminden kaçınır da, bu mal kendisine geri verilirse, bu geri verme, sonuçta onu vekil atayan kişiye yapılmıştır.

Eğer kefil veya kendisine havale yapılan kişinin, borçtan sorumlu olduğuna, bu konuda getirilen delille karar verilmiş, borç üstlenilmesi de asıl borçlunun isteğine göre yapılmış ve ödenmişse, asıl borçlu böyle bir istekte bulunduğunu inkar etse bile ödemeyi yapan kişi, parayı almak için ona başvurabilir. Çünkü borçlu, bu konuda aleyhine getirilen delille hukuken yalanlanmıştır.

Eğer kefilin borçla sorumluluğuna, yeminden kaçındığı için karar verilmiş ve o da borcu ödemişse, asıl borçluyu böyle bir emir vermediğine dair Allah (c.c.)'ın ismiyle yemine davet etme hakkına sahiptir. Çünkü o, daha önce de açıklandığı gibi, yeminden kaçınmak zorunda kalmıştır. Ancak onun bu yeminden kaçınışı, emir verdiği konusunda asıl borçlu aleyhine delil olamaz. Dolayısıyla, o da bu konuda yemine çağırılır.

Bir kimse, bir başkası aleyhine kişiye veya mala kefillik dâvası açsa; kefil; "Onun lehine herhangi bir şeye kefil olmadım; beni böyle bir dâvadan akladı (ibra etti). Onun, beni aklamadığına (ibra etmediğine) dair yemin etmesini istiyorum" dese alacaklı da; "aksine ben ondan, benim lehime böyle bir kefillik üstlenmediğine dair Allah adına yemin etmesini istiyorum" derse, böyle bir yetkisi yoktur. Çünkü hakim, asıl amaçlanan şey konusunda yemine çağırır. O da, bu sırada aralarında kefillik akdinin var olup-olmadığıdır. Yemini bu konuda ettirmesi gerekir; yemin ederse, kefillik sorumluluğundan kurtulur. Şayet yemin etmezse, kefilliği üstlenmiş olur. Alacaklı ise, ibra etmediğine dair Allah'a yemin ettirilmez. Çünkü kefil, ona karşı ibra iddiasında bulunmaktadır. O, bu konuda yemine çağırılır. Eğer yemin etmekten kaçınırsa kefil, ibra ikrarında bulunulmuş gibi kefillik sorumluluğundan kurtulur.

Şayet birinin kendisine kefil olan kişi, onu (dâvalıyı) dâvacı vekiline teslim ettiğini iddia ederse, alacaklının bunu bilip-bilmediğine dair yemin ettirilir. Çünkü bu yemin, başkasının bir fiili ile ilgilidir. Bu da, teslimi kendisine yaptığı iddiasından farklıdır. Çünkü bu durumda yaptığı yemin, kendi fiiliyle ilgilidir. Dolayısıyla, tanıklığı kesinlikle yapılmadığına dair olmalıdır.

Bir kimse, birine karşı kefillik iddiasında bulunsa ve; "senden kefil olmanı kölem istedi; sen de benim lehime filan kimseye kefil oldun" dese, kefil ise bunu inkar etse; bu konuda kendisine yemin teklif edilir. Çünkü bu durumda kendisi böyle bir ikrarda bulunsaydı; o kişiyi, lehine kefil olduğu kişiye teslim etmesi gerekirdi.

Şayet onun lehine üstlendiği kefillik, kendisinin bulunmayıp da kölenin yanında üstlenilmiş olsa, sonra da kefil inkar etse, yeminden kaçınır ümidiyle yemin teklif edilir.

Şayet kişiye veya mala kefillik dâvası açan kişi, kefili, kefil olmadığına dair Allah adına yemine çağırırsa, kefil bunun için yemin etmek zorunda değildir. Ancak ona yönelik böyle bir kefilliğinin olmadığına dair Allah'a yemin eder. Çünkü insan, başka birisine kefil olmuş, daha sonra herhangi bir nedenle bu kefillik sorumluluğundan kurtulmuş olabilir. Bu durumda hakim, kefil olmadığına dair ona yemin ettirirse, bu yemin ona zarar verebilir. Çünkü bu durumda, o anda kefil olduğunu inkarda haklı bile olsa, (daha önceden kefil olduğu için) yemin edemez. Hakim, her iki tarafın da yararını gözetmekle görevlidir. Bu yüzden ona yönelik böyle bir kefilliğinin olmadığına dair Allah adına yemin ettirmelidir.

Tıpkı burada olduğu gibi; her türlü borç, mal borcu, emanet, ödünç, alım-satım ve kira dâvalarında da durum böyledir. Dâvacı; "ondan satın almadım, emanet veya ödünç almadım" yahut "kiralamadım" diye yemin etmez. Ona karşı, iddia edilen şeyin olmadığına dair Allah'a yemin eder. [20/119]

Ebû Yusuf (rh.a.)'tan nakledildiğine göre dâvalı; "Sayın Hakim! Bir insan kefil olup daha sonra bu sorumluluktan kurtulmuş olabilir" diyerek dolaylı bir îmâ ve işarette bulunursa, bu îmâdan dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmiş olmaz. Böyle bir ifade ile uğraşmazsa, "kefil olmadım" diye Allah'a yemin eder. Çünkü o, inkar ettiği şey konusunda yemin etmektedir. İnkar ettiği de esasen kefilliktir. Dolayısıyla bunun için yemin eder. Eğer dolaylı bir ifade kullanırsa, hakimden kendisini gözetmesini isterse; hakim, ona olumlu cevap vermelidir. Böyle bir ifade kullanmazsa, kendi kendini gözetmediği gibi, hakim de onu gözetmez.

Zâhirü'r-Rivâye'ye göre; bu kişi, inkarı konusunda yemin eder. Orada şöyle denmektedir: Dolaylı ifade, her dâvalının yapabileceği bir şey değildir. Bir hakim, kendisini haksız karar vermekten ve haksız bir uygulamadan korumalıdır. Dolayısıyla, dâvalı dolaylı ifade kullansın veya kullanmasın yemine çağırılır.

Şayet kefil, hakime; "benim kefil olduğuma dair alacaklıya yemin ettir. Ben de ona yeminle karşılık vereyim" derse, bu şekilde yemine karşılık verdirilmez. Çünkü İslâm Hukuku, inkarcının yemin etmesini emretmektedir. Şayet dâvacıya yemin ettirilir ve yemini reddedilirse; bu, Hadise aykırı bir uygulama olur. Bu konu, dâvalarla ilgili bölümde açıklanmıştır.

Eğer alacaklı, söylediği söze iki tanık getirir, borçlu da hakime; "tanıklarının doğru tanıklık yaptıkları, gerçekleri söylediklerine dair Allah'a yemin ettir," derse, hakim dâvacıya böyle bir yemin ettirmez. Çünkü Resûlüllah (s.a.v.), dâvacının delil getirmesi gerektiğini emretmiştir. Şayet delille birlikte ondan yemin etmesi de istenirse, Resûlüllah (s.a.v.)'ın buyurmadığı bir şey istenmiş olur ki, bu da yasaktır ve hiçbir zaman yapılmamalıdır.

Dâvalının, dâvacının tanıklarının doğru söylediğine yemin ettirmesi

Allah doğruyu daha iyi bilir.

DÂVALI TESLİM EDİLMEDİĞİNDE BORCUN ÜSTLENİLMESİ KOŞULUYLA İKİ KİŞİYE KEFİL OLMA

Bir kimse, iki kişi lehine, bir kişiyi dâvacıya / mahkemeye teslim etmeye kefil olsa, onu teslim edemediğinde bu kişilerin dâva ettikleri borcunu üstleneceğini söylese ve her birinin farklı miktarda olan borcunu ayrı ayrı söyleyerek belirtse, kefillik geçerlidir.

İki kişinin şahsına kefil olan kişinin, onları mahkemeye getiremezse borçlarını üstlenmesi

Çünkü bu kişilerin her biri lehine üstlendiği kişiye kefillik, geçerlidir. Borç kefilliğini de, dâvacı olmaları durumunda kişiye kefillik yükümlülüğünün yerine getirilmemesi koşuluna bağlamıştır. Her bir dâvacı, ayrı ayrı düşünüldüğünde, her biri için böyle bir kefillik geçerlidir. Her ikisi için olduğunda da, hüküm yine böyledir.

Bu iki kişiden biri alacak dâvası açsa ve kefil, kefil olduğu kişiyi ona teslim etmese; kendisiyle ilgili konulan koşul gerçekleştiği için, borcu üstlenmek zorundadır. Diğeri dâva açmadığı sürece, onun borcundan sorumlu değildir.

Bununla açığa çıkıyor ki; bu, aslında borç kefilliğini koşula bağlama anlamı taşımazsa da, dâva ettiklerinde, onların her birine karşı sorumluluğunu yerine getirince, bu yükümlülükten kurtulma koşuluyla borca kefil olmaya benzemektedir. Çünkü bu, bir koşula bağlama olsaydı, koşulun bir bölümünün gerçekleşmesiyle (tamamı gerçekleşmediği için) borçtan hiçbir şey üstlenmezdi. Onlardan biri dâva açıp teslimin yerine getirilmesini ister, kefil de teslimi gerçekleştiremezse, koşulun bir bölümü meydana gelmiştir. Buna rağmen Muhammed (rh.a.), "borcu üstlenir" demiştir. Bundan anlıyoruz ki kefil, bu borçla yükümlü duruma gelmiştir. Çünkü yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı, bu sorumluluktan kurtulurdu. İşte bu olmamıştır.

Şayet söze, borca kefillikle başlayarak, onların her birine güvence verse ve; "teslim için çağrıda bulunduğunuzda onu size teslim edersem borca kefillik sorumluluğundan kurtulurum" derse; bu da, yukarıda sözü edilen konu gibidir. Mala kefilliğin öne alınmasıyla, sona alınması arasında bir fark yoktur. Nedeni ise; her ne kadar sözünde borca kefilliği sona alarak beyanda bulunsa da, anlam

[20/120]

açısından önceliklidir. Bu, dâvacılar çağırdığında kişiye kefilliğin gereğini yerine getirince borçtan ibra olma koşuludur. Lehine kefil olunan kişilerden her biri, diğerine bağlı olmadan kefilliğin gereğinin yerine getirilmesini isteyebilir. Çünkü o, her ne kadar akit sırasında sanki onlar için ikrarda bulunmuş gibi her iki kefilliği birlikte üstlenecek ifade de bulunmuşsa da, bu kişilerin her birine yalnız başına kefil olmuştur. Dolayısıyla, lehine kefil olduğu kişilerden her biri, diğerine bağlı olmadan bu kefilliğin gereğini yerine getirmesini isteyebilir.

Eğer hak sahipleri (alacaklılar) birbiriyle mufâvada ortağı (bütün koşullarda eşit) olan iki kişiyseler ve onların bir kimsede bin dirhem alacakları olsa, bir başkası da borçluyu onlara getirmeye kefil olsa; ertesi gün onu teslim ederse borç kefilliğinden kurtulacağını söylemiş, onlardan biri teslimin yapılmasını istemiş ve borçluyu getirerek ona teslim etmişse; her ikisi lehine olan kişiye ve mala kefillik sorumluluklarından kurtulur. Çünkü mufâvada (ortakların tam eşitliğine dayalı ortaklık) ortağı iki kişi, aralarındaki ortaklılık devam ettiği sürece tek bir kişi gibidirler. Onlardan her biri, ortaklık borcunun istenmesi konusunda arkadaşının yerini aldığı gibi, arkadaşına ait bir hakkı alma konusunda da onun yerini alır.

Şayet bu iki kimse arasında inan (ortakların eşitliği aranmayan) ortaklığı olsa, sadece kendisine teslimde bulunduğu kişinin payıyla ilgili sorumluluktan kurtulur; diğerinin kefillik sorumluluğu ise devam eder. Çünkü inan ortağı olan bir kimse, arkadaşına ait bir hakkı teslim alma konusunda yabancı gibidir. Nitekim, inan ortaklığı, ortağına borçlu olan bir kimseden, ortağının alacağını isteyemez. Tıpkı bunun gibi, kefil de, diğer ortağa teslimde bulunmakla, teslimde bulunmadığı ortağın kefillik sorumluluğundan kurtulamaz.

İki kefilden birisinin ölmesi durumunda, diğerinin sorumluluğu

İki kişi, bir üçüncü kişiyi, ilgili kişiye yarın teslimde bulunmak üzere kefil olurlar, teslimde bulunmadıklarında borcu üstleneceklerini söylerlerse, ertesi günü de içlerinden birisi bu kişiyi hem kendi hem de arkadaşı adına teslim eder, diğer arkadaşı teslimde hazır bulunmazsa; her iki kefil de kefillik sorumluluğundan kurtulur. Çünkü bu iki kişi, tek bir akitle teslimi üstlenmişlerdir. Eğer bu şekilde borca kefillik üstlenseler ve borcu içlerinden birisi ödeseydi, her ikisi de kefillik sorumluluğundan kurtulurdu. Kişiye kefillikte de durum böyledir. Eğer kefillerden biri ölür, vaadettikleri süre geçer ve dâvalıyı teslim edemezlerse, teslim etmeme koşulu gerçekleştiği için, hayatta kalan kişi, borcun yarısını üstlenir; diğer yarısı da ölen kişinin terekesinden alınır. Eğer vâde dolmadan ölenin mirasçılarından biri, dâvalıyı teslim etmişse hepsi kefillik sorumluluğundan kurtulurlar. Çünkü teslim konusunda mirasçı, miras bırakan kişinin yerini almıştır.

Eğer bu kişilerden her biri, diğerinden bağımsız olarak kefil olmuş, hak sahibi bunlardan her birini teslim için belli bir vakit vermiş ve bu vakitte dâvalıyı teslim edemezse, borcu üstleneceğini söylemiş ve daha sonra kefillerden biri, teslim edilmesi gereken kişiyi getirerek teslim etmişse, o kişi kefillik sorumluluğundan

kurtulur. Diğeri ise kurtulamaz. Çünkü bu durumda iki kefillik farklı farklıdır. Farklı zamanlarda yapılmıştır. Her bir kefil, akit konusunda diğer kefile yabancıdır. Ancak dâvalıyı getirip teslim eden kişi; "onu hem kendi hem de diğer kefil arkadaş adına teslim ediyorum" der, alacaklı da bunu kabul ederse, her ikisi de kefillikten kurtulur. Bu durum, kefil olunan kişiyi üçüncü bir kişinin getirerek her iki kefil adına teslim etmesine ve hak sahibinin de bunu kabul etmesine benzer.

Şayet kendisine kefil olunan kişi, gelerek her iki kefil adına da teslim olursa, hak sahibi kabul etse de etmese de kefiller, kefillik sorumluluğundan kurtulurlar. Bu teslim, sanki iki kefilin yaptığı teslim gibidir. Çünkü dâvalı, teslim konusunda asıldır. Asıl konumda olan bu kişinin giderek teslim alması, üçüncü bir kişinin tesliminden farklı olarak, bir iyilik, bir bağış anlamı taşımaz.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

BELİRLİ BİR MALA KEFİLLİK

Bir kimse, birisinin yanında bulunan kölenin kendisine ait olduğunu iddia eder, ancak meseleyi hakim önüne getirmeden o kişi ve kölesi için kişiye (köleyi ve sahibini kendisine teslim etmesi için) kefil alır, sonra bu köle dâvalının yanında ölür, dâvacı da bu kölesinin onun yanında olduğuna dair delil getirirse; hakim, dâvalının dâvacıya kölenin değerini ödemesine karar verir. Dâvacı dilerse bu parayı kefilden de alabilir. [20/121]

Gasb edilen bir malın kendisinin telef olması durumunda ödenmesinde izlenecek yol

Çünkü kölenin, asıl sahibinden haksız bir şekilde alındığı (gasp edildiği) sabit olmuştur. Bir malın haksız yere alınması, o malın geri verilmesi mümkün olmadığında, nasıl asıl alan kişi tarafından değerinin ödenmesini gerektiriyorsa, bu değerin kefil tarafından da ödenmesini gerektirir.

Eğer dâvacı delil getirememiş, ama dâvalı yeminden kaçınmışsa; hakim, kölenin geri verilmesine karar vermiş, köle de dâvacı tarafından teslim alınmadan önce ölmüşse, kölenin değerinin asıl borçlu tarafından ödenmesine karar verilir. Bu durumda kefilin ödeme yapmasına karar verilemez. Çünkü dâvalının yeminden kaçınması, kölenin kendisini veya bedelini ikrarı gibidir. Dolayısıyla, kefil de benzeri bir ikrarda bulunmadığı veya yeminden kaçınmadığı sürece kefil aleyhine delil olamaz. Eğer kefil de ikrar eder veya yemine yanaşmazsa, dâvacı gibi o da, kefil olduğu şeyden sorumlu tutulur.

Bir kimse, birisinden zorla ve haksız yere köle alır, üçüncü bir kişi de bu köleyi getirmek üzere kefil olursa o, köleyi getirip teslim edinceye kadar sorumludur. Dolayısıyla köle teslimden önce ölürse, onun değerini üstlenmek zorundadır. Çünkü o, asıl yükümlünün borcunun kendisinden istenmesini üstlenmiştir.

Kölenin değeri konusunda geçerli söz, kefilin sözüdür. Çünkü asıl borçlu gibi, değer fazlalığını inkar eden odur. Eğer köleyi zorla ve haksız yere alan kişi, değerin

bundan daha fazla olduğunu ikrar ederse, ikrarına dayalı olarak bu fazlalığı kendisinin ödemesi gerekir. Onun bu ikrarı, kefil aleyhine doğrulanamaz.

Bir kimse, birisinden bir câriye satın alıp teslim alsa, üçüncü bir kişi de gelerek bu câriyenin kendisine ait olduğunu iddia etse ve câriye konusunda kefil alsa, daha sonra câriyenin kendisine ait olduğuna delil getirip câriyenin onun olduğuna mahkemece karar verilse; câriyenin kendisinden istendiği kişi de, onun öldüğünü veya kaçtığını söylese, dâvacı; "Yalan söylüyorsun. Kaçtığı ispat edilinceye kadar asılı hapsettiğim gibi, câriye getirilinceye kadar da kefili hapsediyorum" dese ve bu hapis cezası uzasa; hak sahibinin hakkı göz önünde tutularak, isteği durumunda câriyenin değeri, asıl ile kefile ödettirilir. Câriyeyi elinde tutan kişi onun değerinin, yüz dirhem olduğunu söyler ve bu konuda yemin eder; alacaklı da, bin dirhem olduğunu söylerse, asıl ve kefile yüz dirhem ödettirebilir. Çünkü iddia ettiği fazlalık, onların yeminiyle câriyenin değeri olmaktan çıkmıştır. Yüz dirhemi hangisinden isterse ondan alabilir. Daha sora câriye ortaya çıkarsa, o kişi muhayyerdir: Dilerse, câriyeyi alıp aldığı yüz dirhemi geri verir. Dilerse câriyeyi onlara teslim eder ve yüz dirhem kendisinin olur.

Bu konu, gaspla ilgili bölümde açıklanmıştır.

Kendisinden gasp edilen kişinin muhayyerlik hakkı bulunduğu sürece, gasp edenin câriye ile cinsel ilişkide bulunması doğru değildir. Çünkü kendisinden gasp edilen kişinin, değeri geri vererek câriyeyi alma hakkı vardır. Bu durum, câriyenin alım-satım akdiyle mülkiyet altına alınmasına benzer. Satıcının muhayyerlik hakkı devam ettiği sürece, alıcının bu câriyeyle cinsel ilişkide bulunma hakkı yoktur. İşte bu konu da onun gibidir.

Eğer câriyenin değeri konusunda hepsi birbirini doğrular veya gasp edenle kefil delil getirir. Ya da yeminden kaçınırlarsa, câriyenin kendisinden gasp edildiği kişi, sözü edilen değeri alır. Daha sonra câriye ortaya çıkarsa, gasba uğrayan kişinin, onu geri alma hakkı yoktur. Çünkü değerini teslim alması, onun kendi mülkiyetinden çıkmasına rıza gösterdiği anlamına gelir. Bedel ile mübeddel (bedel olarak alınan şey), tek bir kişinin mülkiyetinde birleşmez. Câriye üzerindeki mülkiyet tamamlandığı için gasbeden kişi, câriye bir hayız geçirip gebe olmadığı ortaya çıktıktan sonra, artık onunla cinsel ilişkide bulunma hakkına sahip olur.

Eğer bir kimsenin elinde bulunan bir köleyi, diğer bir kişi dâva etse ve dâvalıdan bu köle konusunda kefil, dâva için de vekil atasa; daha sonra dâvalı hazır fakat köle kaybolsa; kefil, bizzat bu köleyi getirip teslim edinceye kadar hapsedilir. Çünkü o, kefillik yoluyla köleyi hazır etmeyi üstlenmiştir. Köle değil de borçlu ortada olmadığında[43] da kefil, onu getirinceye kadar hapsedilir. Çünkü

[43] Metinde dâvâlı hazır olup köle gâib olursa şeklindedir. Ancak konunun akışı cümlenin yukarıdaki gibi olmasını gerektirmektedir.

borçlunun yokluğu, dâvacıya zarar verir. Çünkü dâvacı, dâva konusundaki tanıklarını, ancak dâvalı mahkemede hazır olduğunda sunabilir.

Şayet dâvacı, "bu kişinin kölem olduğuna dair delil getireceğim" derse, getireceği delil kabul edilir. Delil getirdiğinde, dâva konusu olan malı almaya hak kazanır. Eğer kölenin bizzat kendisini alma imkânı varsa köleyi, onu alma imkânı yoksa, değerini alma hakkını kazanır. [20/122]

Eğer dâvacının iki tanığı, kefil olunan kölenin belli bir köle olduğuna tanıklık edip adını söyleseler, onu bilinen bir kimsenin yanında iken tanıdıklarını bildirseler; kefilin bu kölenin kendisini getirmesi mümkünse, onun getirilerek dâvacıya teslimine karar verilir. Eğer kölenin kendisinin teslimi mümkün değilse, dâvacı bu kölenin hiçbir şekilde elinden çıkmadığına dair Allah adına yemin ettirildikten sonra değerinin kendisine ödenmesine karar verilir. Kefil istekte bulunmuşsa bu yemini yapar denildiği gibi; kefil istemese bile hakim tarafından, orada olmayan tarafından hakkının gözetilmesi ve hakimin kararının korunması için yemin ettirilir de denilir.

Eğer iki tanık, içlerinden başkasını kastederek "sözü edilen köle filan oğlu filandır" diye ismini söylerlerse, bu tanıklık geçersizdir. Çünkü söylenilen isim, gösterilen kişiye (gerçeğe) uygun düşmelidir. Böyle bir tanıklığa dayanılarak tanıklık yapılan, kefillik edilen kölenin kefil olunan köle ve dâvacının mülkiyetinde olduğu ispatlanamaz. Bu durumda kefil, kefil olduğu kişiyi getirinceye kadar hapsedilir. Çünkü kefillik akdiyle, kefilin görevi, böyle bir tanıklığa ihtiyaç duyulmadan kefil olduğu kişiyi mahkemede hazır etmesidir.

Eğer kefil ölürse; köle ortaya çıkarsa tanıkların tanımasından ve dâva konusu kölenin o olduğu tespit edildikten sonra, dâvalının getirip onu hazır etmesi istenilir. Böylece dâvacı, delilini sunarak köle üzerindeki mülkiyetini ispat imkânı bulacaktır. Şayet efendi köleyi getirmezse, serbest bırakılır. Çünkü efendi, kefil olmamıştır. İsim ve kişi belirlemesi konusunda getirilen delil, onun aleyhine getirilmiş bir delil değildir. Bu konuda efendinin durumu, kefilin durumu gibi değildir. Çünkü kefil, kefillik akdi yapmakla kefil olduğu kişiyi hazır etmeyi üstlenmiştir. Dolayısıyla, kefil olduğu kişiyi getirmek zorundadır. Efendi ise, üzerine herhangi bir sorumluluk almamıştır. Dolayısıyla hakim onu hapsetmez. Aleyhine delil getirilmeden herhangi bir şeyden de sorumlu tutulamaz.

Taşınmaz bir malın mülkiyet iddiasında kefillik

Eğer biri, bir başkasının yanında bulunan bir kölenin kendisine ait olduğunu iddia eder, iki kişi de kölenin kendisine kefil olurlar, dâvacı da bu kölenin kendi kölesi olduğuna tanık getirirse; kefiller, bu köleyi teslim edinceye kadar hapsedilebilir. Şayet dâvacının tanıkları yoksa, kefillerden kefillik yoluyla üstlendikleri sorumluluk gereği, bu köleyi mahkemede hazır etmeleri istenir.

Şayet kefiller, kölenin öldüğünü veya kaçtığını söylerler ve buna delil getirirlerse, hapisten çıkarılırlar. Çünkü bu iki kefil, kölenin mahkemede hazır

edilmesi için hapsedilmişlerdir. Sunulan bu delille, onu hazır etme imkânlarının olmadığı ortaya çıkmıştır. Ancak yine de kendileri, bu kefillik sorumluluğundan kurtulamazlar. Çünkü onlar bu kefillikle, dâvacının kölenin sahibi olduğu delille ortaya çıkarsa, onun değerini ödemeyi de üstlenmişlerdir. Dâvacı, tanıklarla kölenin kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Eğer dâvacı bu tanıklarını getirirse, kefillerin her birinden kölenin yarı değerini alır. Eğer dâvacının bu konuda delili yoksa, kefiller tazminat ödemek zorunda değillerdir. Çünkü kefil aleyhine bir hak ispat edilmiş değildir. Kölenin kaçmış olması durumunda, kefillere köleyi getirmeleri için bir süre tanınır. Daha önce bu hüküm, dâvalının belde dışına çıkıp ortadan kayıp olmasıyla ilgili olarak açıklanmıştı.

Bir kimse, birisinin elinde bulunan bir arsa, hamam veya bahçenin kendisine ait olduğunu iddia etse ve yaşadıkları belde de tanıklarının olduğunu söylese, dâvacı lehine dâva konusu olan şey için kefil alınamaz. Çünkü taşınmaz mallar kaybolmaz. Hareket edemez. Değiştirilmez. Başka yere de nakledilemez. Ayrıca dâva ve tanıklıkla ilgili olarak mahkemeye getirilip kendisini tanımaya da ihtiyaç yoktur.

Birisinin yanında emanet bırakılan malla ilgili kefillik

Bir kimse, kölesini bir kişinin yanında emanet bıraksa, sonra da bu kişi, kölenin kendisine emanet bırakıldığını inkar etse ve dâvacı dâvalıdan kendisine ve köleye kefil olsa, eğer bundan sonra köle ölür, kölenin sahibi de onu emanet verdiğine dair delil getirir ve kölenin kefillik günündeki değerinin ne kadar olduğunu bilmediğini söylerse; yanında emanet bırakılan kişi, tanıklar bu kölenin hangi gün emanet bırakıldığını söylüyorlarsa, o günkü değerini öder.

Çünkü eline o değerle ulaştığı sabit olmuştur. Bunu inkar etmek, ayrıca zilyetlik de göz önünde tutularak, değerin ödenmesini gerektirir. Kefil, yemin ettikten sonra, bu değerden ancak ikrar ettiği kadarını öder. Çünkü kefil, tazminat ödemesini, kefillik akdi nedeniyle, emanet bırakılan kişinin zilyetliğini dikkate alarak yapar. Kefillik akdi sırasında kölenin değerinin ne kadar olduğu, delille tespit edilmemiştir. Dolayısıyla, önceden bir şeyin varlığı ve sabit olduğu biliniyorsa, var olan bu şeyin devamlılığını koruması kural gereğidir. Bu, ortada görülen, var olan bir şeydir. Bu yüzden, her ne kadar yeni bir hakkın ispatı için delil olmaya uygun değilse de, başkasının hak iddiasını engelleme konusunda delil sayılmaya uygundur. Bunun içindir ki; kefil, yemin ettikten sonra ancak kölenin değerinden ikrar ettiği kadarını öder. **[20/123]**

Eğer köle dâva sırasında kör ise ve emanet edilen kişi, bu durumu inkar etmiş, tanıklar da; onun köleyi sağlıklı, gözleri görür bir şekilde emanet aldığını, o sırada kölenin değerinin bin dirheme eşit olabileceğini söyleyerek tanıklık etmişlerse; bir başkası da köleye kör durumdayken kendisine kefil olur; sonra hakim önünde dâva açılır, köle bu şekilde hakim huzuruna getirilir, daha sonra da emanet bırakılan kişinin yanında ölür, tanıkların tanıklığa uygun oldukları da tezkiye yoluyla tespit

edilirse; emanet bırakılan kişi, bu kölenin değerini inkar edildiği şekilde, kör olarak öder. Kefilin durumu da yine böyledir. Çünkü emanet bırakılan kişi, inkar ettiğinde köleyi ödemekle yükümlü olur. Hakim, tanıkların tanıklığıyla değerinin değiştiğini delillerle bilmektedir. Dolayısıyla, önceki durumdan farklı olarak burada önceki değeri dikkate alınmaz. Görmez misin eğer kölenin, emanetçi inkar etmeden önce öldüğü bilinseydi, emanetçi, herhangi bir şey ödemezdi. Böyle bir şey bilinmediği için kölenin değerini öder. Kölenin bir organının eksikliği bilindiğinde de durum böyledir.

Köle, emanet edilen kişinin yanında kör olmayıp da, piyasa değerinin beş yüze düştüğü ileri sürülür, emanet veren de, böyle bir değer kaybına uğradığını inkar ederse, kölenin bu inkar sırasındaki değerinin beş yüz dirheme eşit olduğunu hakim de bilirse; kölenin ancak beş yüz dirhem olan değeri ödettirilir.

Eğer piyasada değerinin düştüğü, hakim tarafından bilinmezse, tanıkların ifade ettiği bin dirhem değer, emanet bırakılan kişiye ödettirilir. Bu durumda, emanet bırakılan kişinin kölenin piyasasının düştüğüne dair getireceği delil kabul edilmez. Çünkü onun getireceği bu delilin amacı, iddianın geçersizliğine yöneliktir. Deliller ise, geçersiz kılmak için değil, bir hakkın varlığını ispat içindir. Görmez misin dâvalı, emaneti inkar ettikten sonra kölenin öldüğünü söylese, sözü dikkate alınmaz ve getirdiği delil de kabul edilmez. Çünkü bu delille varılmak istenen amaç, üzerindeki tazminat sorumluluğunu engellemektir. Ancak hakim, kölenin, inkardan önce öldüğünü bilir veya dâvalı, kölenin öldüğünü iddia ederse; bu bilgi ve ikrar, mahkemede değerlendirilir.

Ödünç (âriyet) alınan mal için kefillik

Bir kimse, birisinden bilinen bir yere gitmek için ödünç binek hayvanı alır, daha sonra sözünü ettiği bu yeri geçip daha uzak mesafeye giderse; o hayvanı fazla kullandığından aşırı yararlanmayı ödemek zorundadır. Eğer ödünç aldığı kimseye hayvan konusunda kefil gösterirse, bu kefillik geçerlidir. Çünkü belirttiği yerden daha uzağa gitmekle, bu hayvanı gasbetmiş ve ödemekle yükümlü olmuştur.

Emanet alınan malın bir kısmında yapılan haksız fiil

Emanet alan kişi de, emanet aldığı malda âdeten emanete uymayan işlemlerde bulunur, daha sonra bu emanet konusunda kefil gösterirse; bu kefillik, yapılan haksızlık miktarı kadar geçerlidir. Çünkü bunun için güvence vermiştir. Haksız işlem yapılmayan kısımdaki kefillik ise geçersizdir[44] Çünkü diğer mal, emanet olarak bırakılan kişinin elinde emanet niteliğiyle durmaktadır.

Satın alınan malın teslimi için kefillik

Bir kimse, birisinden köle satın alarak, bedelini ona ödese ve köleyi kendisine teslim edinceye kadar geçecek süre için ondan kefil alsa, daha sonra da teslim işi gerçekleşmeden köle ölse, kefil herhangi bir şeyden sorumlu değildir. Çünkü teslim gerçekleşmeden, kölenin ölümüyle akit bozulmuştur. Asıl borçlu, kölenin

[44] Bu cümleler basılı nüshada olmayıp, el yazmasından tamamlanmıştır.

bizzat kendini teslim yükümlülüğünden kurtulmuştur. Aynı şekilde kefil de sorumluluktan kurtulur. Kefil, satış bedelini ödemeyi üstlenmemiştir. Dolayısıyla, kendisinden bir şey istenemez.

Satılan malın başkası tarafından istihkakı durumunda kefillik

Kölenin satışında "derek kefilliği" (kölenin başka birisine ait olduğunun açığa çıkması durumunda sorumluluğu yüklenme) üstlenildiğinde de hüküm böyledir. Çünkü teslimden önce kölenin ölmesi, bu anlaşmada derek sayılmaz. Derek işlemi; üçüncü bir kişi tarafından açılan mülkiyet iddiası (istihkak) dâvasıyla satılan malın alıcıdan alınması durumunda söz konusudur.

Eğer alıcı, köleyi teslim alır ve kölede kusur bularak onu geri verirse; kefil, herhangi bir şeyden sorumlu tutulmaz. Çünkü kusur, derek değildir telafi edilemez. Eğer kölede kusur bulunmayıp da, kölenin yarı payı istihkak dâvasıyla hak edilse, alıcı da kalan yarı payı satıcıya geri verse; kefil, ancak istihkak yoluyla alınan yarı payın bedelini öder. Çünkü derek, bu yarıda gerçekleşmiştir. Diğer yarı ise alıcı tarafından köle iki paya bölünerek kusurlu duruma geldiği için geri verilmiştir. Bu da derek değildir.

[20/124]

Bir kimse, rehin verilen ve değeri borçtan daha fazla olan bir mala kefil olmuş, bu mal da rehin verilen kişinin yanında telefe uğramışsa, kefil bundan sorumlu tutulmaz.

Rehin verilen mala kefillik

Çünkü rehnedilen malın kendisi, rehin alan kişinin yanında emanettir. Kefil bu kısımda bir tazminatla yükümlü değildir. Rehin verilen malın, maddî değerinin borçtan fazla olan bölümü de yine emanettir. Kefil yine bu kısımdan da sorumlu değildir. Kefil, alacaklıya rehinden artan borç için kefil olmuşsa, meselâ rehin verilen malın değeri dokuzyüz, borç bin dirhem ise, kefil yüz dirhemin kefilliğini üstlenmiştir. Çünkü o, asıl borçlunun zimmetindeki borcu kefillik yoluyla (fazla kısmı) üstlenmiştir.

İki kişi arasında ortak olan bir câriyeyi, ortaklardan biri diğerinin izni olmadan alsa, bir kimse de, diğer ortak lehine bu câriyedeki payı için kefil olsa, kefillik geçerlidir.

Çünkü câriyeyi alan kişi, ortağının payına düşen bölümü haksız bir şekilde almıştır (gasbetmiştir). Onu ödemek zorundadır. Eğer arkadaşının rızasıyla alsaydı kefillik geçerli olmazdı. Çünkü bu durumda câriyedeki payı, onu teslim alan ortağın elinde emanet olurdu.

Eğer malını rehin veren bir kimse kefil gösterme koşuluyla, bu malı rehin verdiği kişiden ödünç (âriyet) olarak alır; aldığı bu mal da, yanında telef olursa, o mal rehin olmaktan çıkar.

Çünkü rehin veren kişinin, verdiği bu malı ödünç olarak geri almasından sonra, rehin alan kimsenin zilyetliğinin son bulduğuna itibarla, alacağı tahsil etme güvencesinin devam ettiği söylenemez. Kefil de, herhangi bir şey ödemek zorunda

değildir. Çünkü rehin alan kişi, rehin malı, asıl sahibine ödünç verdiği için, onun aleyhine güvencesi yoktur. Dolayısıyla kefil de, herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir.

Şayet rehin alanın rızası olmadan, asıl borçlu rehin malını alırsa, kefilin kefilliği geçerlidir. Kefilden bu malın ödenmesi istenebilir. Çünkü böyle bir durumda, malını rehin veren kişi, bu malın aynının maliyet değerini ödemek zorundadır. Görmez misin, bu mal, kendi elinde iken telefe uğrasaydı, onun değerini rehin alan kişiye ödemesi gerekirdi. Bu durum, gasbedilen bir mala kefil olmaya benzer.

Bir kimse, falanca kölesini rehin vermek koşuluyla birinden ödünç para alsa, üçüncü bir kimse de, bu rehine kefil olsa, kefil tazminat ödemek zorunda değildir. Çünkü rehin akdi, ancak rehin mal teslim alındıktan sonra geçerlidir. Teslim gerçekleşmeden önce, ortada asıl borçlunun ödemesi gereken bir mal yoktur. Kefillik de, ancak böyle bir malın varlığıyla geçerlidir.

Bir kimse, kölesini veya hayvanını çalıştırılmak üzere kiraya verse ve henüz kölenin veya hayvanın teslimi yapılmadan çalışma bedelini peşin olarak alsa; bir kimse de, bu malların teslimi için kefil olsa, kefilden hayatta olduğu sürece bu sorumluluğu yerine getirmesi istenir. Çünkü bu durumda asıl olan kişi, teslimi yapmak zorundadır. Teslim işlemi, nâibliğin (başkasının yerine yapmanın) geçerli olduğu bir sorumluluktur. Dolayısıyla bu konuda kefillik de geçerlidir. Şayet kiralanan köle veya hayvan ölürse, kefilden bir şey istenemez. Çünkü böyle bir durumda kira akdi bozulmuş, asıl kiraya veren, kiralanan şeyi teslimle sorumlu olmaktan çıkmıştır. Yapması gereken; aldığı ücreti geri vermektir. Kefil de zaten bu ücrete kefil olmamıştır.

Vasiyet edilen mal için kefillik

Bir kimse, maddî değeri terekenin üçte birini geçmeyen gebe bir câriyeyi birine, karnındaki çocuğu da bir başkasına vasiyet etse; çocuğun vasiyet edildiği kişi, câriyenin verildiği kişiden karnındaki çocuk için kefil alsa, bu kefillik geçerli değildir.

Çünkü câriyenin karnındaki çocuk, câriye sahibinin tazminat sorumluluğu altında değildir.

Câriye, çocuğun vasiyet edildiği kişiye verildiğinde de hüküm yine böyledir. Onun, çocuk sahibinin yanında kalması, geri verilmesi konusunda kefil gösterilme koşuluna bağlansa, gösterilen kefillik geçersizdir. Çünkü çocuk sahibi, böyle bir câriyeyi sahibinin izniyle teslim aldığında emanet olarak almış sayılır. Eğer izni olmadan almış ve kefil göstermişse; bu konudaki kefillik geçerlidir. Çünkü bu bir haksız alımdır. Haksız alınan bir mal, alanın sorumluluğundadır (mazmûndur). Eğer câriyeyi, çocuk sahibinin rızası olmadan câriyenin sahibi alsa ve çocuk için sahibine kefil gösterse, kefillik geçersizdir. Çünkü câriyenin sahibi, anne olan câriyeyi almakla, karnındaki çocuğun tazminat sorumluluğunu üstlenmeyi gerektirecek haksız bir alım yapmamıştır.

Şayet birisi, câriyesinin kendisini bir kişiye, hizmetini de bir başkasına vasiyet etse; câriye de, diğer kişinin izniyle hizmet etmesi gereken kişinin yanında durur, onun mülkiyetine sahip olan kişi de, yanında durduğu kişiden câriyenin mülkiyeti ile ilgili kefil alırsa, kefil herhangi bir sorumluluk taşımaz. Çünkü bu kişi, câriyeyi bağış yoluyla verilmiş bir hakka dayanarak almıştır. Böyle bir alım, alan kişi üzerine tazminat gerektiren bir alış değildir. Kefil de, böyle bir tazminattan sorumlu tutulamaz. Şayet câriyeyi, hizmetin sahibi olan kişinin izni olmadan, mülkiyet sahibi kişi alır, daha sonra câriyeyi kendisine teslim edinceye kadar ona kefil gösterirse; kefil, üstlendiği kefillikten sorumlu tutulur. Çünkü böyle bir durumda kölenin mülkiyetine sahip olan kişi, onun kendisinin hizmetine sahip olan kişiye hukuken teslim etmek zorundadır. Bu işlem de nâibliğin geçerli olduğu bir konudur. Dolayısıyla kefillik yoluyla üstlenilmesi de geçerlidir. Şayet câriye ölürse, kefil sorumluluktan kurtulur. Çünkü onun ölümüyle hizmet sahibinin hakkı sona ermiş, câriyenin kendisine sahip olan kişiden teslimini isteme hakkı düşmüştür. [20/125]

Hizmet yerine, gelirin vasiyet edilmesi durumunda da, hüküm böyledir.

Bir kimse, bir başkasına mal satar, üçüncü bir kimse de bu malla ilgili bir dâva açar, alıcı da satıcıdan kişiye kefil veya mülkiyet iddiası (istihkak) yoluyla malın alınması olasılığına karşı mala kefil göstermesini isterse, bunu yapma yetkisi yoktur.

Çünkü alıcı, aleyhine sadece dâva açılmış olmakla dâvacı, satıcıya karşı bir hak elde etmiş olmaz. Dolaysısıyla kefil göstermeye zorlanamaz. Ancak malın istihkak yoluyla alınmasına karşı, alıcıya kefil verirse; kefillik geçerlidir. Bu durum, alım-satım akdi sırasında veya akitten sonra dâvacının dâva açmasından önce alıcıya kefil vermeye benzer.

Domuz veya içki dâvasında zimminin zimmiye kefilliği

Gayri müslim vatandaşı (zimmî) bir kimse; bir başka zimmîye karşı belirli olan içki veya domuzla ilgili dâva açar ve bu konuda dâvalıdan zimmî birini kefil alırsa, kefillik geçerlidir. Şayet Müslüman olan bir kimse kefil olursa, o kefillik geçersizdir. Çünkü içki ve domuzun bizzat kendileri, Müslüman açısından değer ifade eden mallar değildir. Bir Müslümanın, kefillik yoluyla bunların teslimini üstlenmesi, diğer akitlerde de olduğu gibi geçerli değildir.

Müslümanın domuz veya şaraba kefilliği

Şayet bu mal, dâvalının yanında telef olur, sonra da Müslüman birisi bu mal konusunda dâvacıya tazminat güvencesi verirse; daha sonra dâvacı bunu Müslüman tanıklarla ispat ederse, domuzun değerini ödemek zorundadır. Çünkü domuz standart değildir. İçkiyi ise ödemez. Çünkü o, standarttır. Domuz, telefi durumunda değeriyle ödenen bir maldır. Değeri de, dirhem dinar gibi para cinsindendir. Dolayısıyla, Müslümanın ona kefilliği geçerlidir. İçkinin ise dengiyle ödenmesi gerekir. Onun için Müslüman birisinin içkiye kefilliği geçerli değildir. Nitekim, ortada var olan (muayyen), içkiye olan kefillik geçerli değildir.

Yapılacak bir hizmete karşılık kefillik

Bir kimseyle, belli niteliklerde bir evin inşası, belli bir tarlanın sürülmesi veya bilinen bir nehrin kazılması, temizlenmesi, düzenli su akışına hazır duruma getirilmesi için anlaşma yapılmış, bu konuda kendisinden kefil alınmışsa, alınan kefillik geçerlidir. Çünkü bütün bunlar, yapmayı üstlenen asıl kişi tarafından üstlenilen ve akitle güvence verilen işlerdir. Yerine getirilmesi konusunda nâibliğin de geçerli olduğu şeylerdendir.

Bunlar gibi, bir kimseye Mekke'ye kadar gitmek için deve kiralamış ve deve sahibinden kefil alınmışsa, kefillik geçerlidir. Çünkü deveyi teslim etmek akit gereği kiraya verenin görevidir. Eğer deve, belirli bir deve ise ve onu teslim konusunda kefil alınmışsa, hayvanın kendisi bulunduğu sürece kefillik geçerlidir. Çünkü asıl, akdin bir gereği olarak bu deveyi teslimle yükümlüdür. Şayet deve ölürse, akit bozulur; asıl sorumlu olan deve sahibi, teslim sorumluluğunda kurtulur. Kefilin de artık kefillik sorumluluğu yoktur.

Eğer belli bir yük devesi için kefil gösterilmişse kefillik bu şekilde belli bir deve için geçerli değildir. Çünkü bu gibi durumlarda nâiblik geçersizdir. Kefilin devesi, üzerine akit yapılan işin yerine getirilmesi konusunda belirlenmiş bu devenin yerini alamaz. Şayet belli bir deve koşul koyulmamışsa, kefillik geçerlidir. Çünkü asıl, yapılan akdin gereği olarak böyle bir deveyi teslimle yükümlüdür. Yapılması üstlenilen şey de, nâibliğin geçerli olduğu bir şeydir. Kefil de teslim etmeye gücü yettiği bir şeyde kefillik üstlenebilir.

Alacak senetlerinin düzenlenmesi

Bir kimseye olan borç ve kefili yazıya geçirilirse; yazıda bu iki kişinin birbirine kefil oldukları, ismi anılan alacaklının, alacağını bunların hangisini isterse ondan; aynı anda her ikisinden birlikte alabileceği gibi, ayrı ayrı da isteyebileceği, nasıl istiyorsa öyle alabileceği, alacağını tamamen teslim alıncaya kadar, her ikisinden de dilediği zaman bu parayı isteyebileceği belirtilir. Bunun yazıya geçirilmesi, hak sahibinin hakkını, hakimlerin farklı içtihatlarından korumak içindir.

[20/126]

Bu konuda biz Hanefîlerin mezhep görüşü; bir kimse, bir borca kefil olmuşsa; alacaklı, alacağının tamamını, nasıl ve ne zaman isterse, asıl ile kefilden istediğinden isteyip alabileceği yönündedir. İbn Ebû Leylâ (rh.a.)'ya göre; asıl konumda olan kişi, sorumluluktan kurtulur; borcu kefil ödemek zorundadır. Ancak asıl ile kefilin her birinin aynı zamanda diğer arkadaşına kefilliği koşul konulmuşsa, bu koşul geçerlidir. İbn Şübrüme (rh.a.), her birinin diğer arkadaşına kefil olması koşul konulmuşsa, bunun geçerli olduğu, içlerinden hangisini seçerse, diğerinin sorumluluktan kurtulacağı görüşünde olduğunu söylemiştir. Ancak her ikisinden de birlikte veya ayrı ayrı alınabileceği koşul konulmuş ve yazılı olarak bir belgede kayda geçirilmişse, buna dayalı olarak her ikisi de sorumludur.

Şüreyk b. Abdullah (rh.a.) da, "birlikte veya ayrı ayrı sorumlu oldukları kaydedilmişse, bunun geçerli olduğu, alacaklı bunlardan birini seçerse, alacağını diğerinden isteyemeyeceği, ancak seçtiği kişi iflas eder veya ölürse, o zaman

isteyebileceği görüşündeyim," demiştir. Ne şekilde alınacağı, ne zaman arzu edilirse istenebileceği, her defasında isteyeceği kişiyi seçme hakkının olabileceği... gibi, hiçbir şey bırakılmadan bütün bilgiler belgede kayda geçirilmelidir. Çünkü yazılı belge, güvence oluşturmak içindir. Dolayısıyla her belge hazırlayan kişi, belgenin adına hazırlandığı kişi lehine tedbirli hareket etmeli, güven için gerekli, mümkün olan her şey kayda geçirilmeli, başka hakimlerin ictihad farklılıklarından sakınılması konusunda şu âyete uyularak tedbirlilik (ihtiyat) gösterilmelidir:

﴿ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي ٱؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾

"Kendisine emanet verilen kişi, bu emaneti hakkıyla yerine getirsin." (el-Bakara 2/ 283)

Allah doğruyu daha iyi bilir.

KEFİLLİKLE İLGİLİ DİĞER HÜKÜMLER

Birisinin kefil olması koşuluyla kefillik

Bir kimse, birisine belirli bir kimsenin kefil olması koşuluyla borç para verirse; o kişi, orada hazır olsun veya olmasın, o kişi kefilliği kabul etsin etmesin, geçerlidir.

Borcu, filan kimseye havale edilmesi koşul konulmuşsa, onun hükmü de böyledir. Çünkü ödünç para alımına dayanan bir borç akdi, geçerli olan koşullara bağlanamayacağı gibi, geçersiz koşullarla da bozulmaz. Karz (ödünç verme) akdi, alım-satım akdinden farklıdır. Bir alım-satım akdinde bilinmeyen veya bilinip de hazır bulunmayan ve rıza göstermeyecek bir kimsenin kefilliği, ya da böyle birine havale koşul konulmuşsa, alım-satım akdi fâsid (geçersiz) olur. Çünkü geçersiz bir koşul, alım-satım akdini geçersiz kılan koşullardandır. Alım-satım akdi, geçerli olan koşullara bağlanabilir.

Ödünç alınan paranın tazminat sorumluluğu ise, hukuken parayı teslim almakla üstlenilmiş olur. Konulan koşulun onda herhangi bir etkisi olamaz. Mal gasbı, evlenme, hul' (kadının isteği üzerine mal teklifiyle evliliğin sona erdirilmesi), kısası gerektiren kasten adam öldürme veya yaralamadan dolayı varılan sulh anlaşmasının bedelinin hükmü de, ister peşin, ister vâdeli olsun, böyledir. Yine; emanet ve iğreti verilen bir malda, emanet koşullarına uyulmayarak zarara neden olunmuş ve tazminatı gerektirmişse, emanet veya ödünç verirken de böyle bir duruma karşı kefillik veya havale koşulu konulmuşsa, bunlar da ödünç para (karz) gibidir. Çünkü tüm bu işlemler, geçersiz koşulla bozulmayan akitlerdir. Mal karşılığı özgürlük elde etmenin hükmü de böyledir.

Şayet, bütün bu durumlarda kefil gösterilen kişi kefilliği veya havale edilen kişi havaleyi kabul etse, kefillik ve havale geçerlidir. Çünkü bunlar, ödenmesi zorunlu olan ve asıl borçludan istenebilen alacaklardır ve yerine getirilmesi konusunda

nâiblik, bir başkasının asıl adına bu işi yapması, geçerlidir. Kefilliğin hükmü konusunda, bir mal karşılığı özgürlüğe kavuşma, özgür olma anlaşması bedeline kefillik gibi değildir. Çünkü özgür olma anlaşması bedeli, güçlü bir alacak değildir. Oysa sırf özgür olma bedeli güçlü bir alacaktır.

Kefillik koşulunun geçersiz olmasının bu akitleri bozmayacağına delil, köle özgür kılma konusunda söylenen sözlerdir. Çünkü bu akit, geri döndürülemez. Bunun anlamı; geçersiz bir koşul, akdin tamamlanmasına (kurulmasına) engel oluşturmaz. Ancak akit böyle bir koşulla tamamlandıktan sonra, onu bozma (feshetme) hakkı elde edilir. Yukarıda sözü edilen, bu akitler de kurulduktan sonra bozulma olasılığı olmayan akitlerdendir. Dolayısıyla geçersiz bir koşul, bu akitlere etki edemez; onu geçersiz duruma getiremez.

[20/127]

Bir kimsenin, bir başkasında, satılan mal bedeli olarak veya ödünç para alımı nedeniyle ya da gasb yüzünden vâdesiz alacağı olsa; borçlu da, ortada olmayan ve tanınan bir kimseyi kefil göstererek kendisine vâde tanımasını ve borcunun taksitlere bölünmesini istese; alacaklı da kendisiyle bu koşullarda sulh anlaşması yapsa, daha sonra kefil gösterilen kişi gelse ve kefilliği kabul etmese, yapılan sulh anlaşması bozulur. Çünkü bir borcun takside bağlanması, tam bir rızaya dayanmalıdır. Alacaklı da bu şekildeki bir taksitlendirmeye ancak sözü edilen kişinin kefilliğiyle rıza göstermiştir. O kişi, böyle bir kefilliği üstlenmeye yanaşmazsa borç, önceden olduğu gibi borçlunun üzerinde vâdesiz olarak kalır.

Eğer kefil gösterilen kişi, geldikten sonra kefilliği kabul ederse, yapılan sulh anlaşması rıza tam olduğu için geçerlidir. Kefilin, sulh yapılan celsede (mecliste, oturumda) hazır bulunması koşul değildir. Çünkü bu anlaşma, bir mülkün bir başkasının mülkiyetine geçirilmesi akdi değildir. Rızanın, akdin yapıldığı celsede tamamlanması ile celseden sonra beyanı arasında bir fark yoktur.

Alım-satım akdinin durumu ise bundan farklıdır. Satım akdi, bir malın diğer mal ile değiştirilmesidir. Biraz sıkı tutulur. Kefil gösterilen kişi, satım akdinin yapıldığı celsede hazır bulunmuyorsa, böyle birisinin kefilliğini koşul koymak, geçersiz bir koşul öne sürmektir. Geçersiz koşulla koşulla alım-satım akdi geçersizdir. Çünkü alım-satım akdinde, yapılan akdin, akit meclisinden sonra gerçekleşecek bir kabul için bekletilmesi, geçerli değildir. Tıpkı bunun gibi; alım-satım akdinin akit meclisinden sonra gerçekleşebilecek bir kefillik koşuluna bağlanması da geçersizdir. Eğer kefil gösterilen kişi, hazır olsa ve kefil olmaya yanaşmasa, yapılan sulh anlaşması, anlaşma konusunda tam rıza bulunmadığından geçersizdir.

Taksitli borcun vâdesinde ödenmemesi durumunda peşine dönüşmesi koşulu

Eğer yapılan vâde anlaşmasında, vâdenin geciktirilmesi durumunda, bütün borcun peşine dönüşeceği veya bir taksidin vaktinden on gün geciktirilmesi durumunda, borcun peşin duruma geleceği koşul konulmuşsa; bu anlaşma, karşılıklı koşul konulduğu şekilde geçerlidir. Çünkü yapılan bu sulh anlaşmasında

bir malı, diğerinin mülkiyetine verme anlamı yoktur. Bu şekilde bir koşul, sulh anlaşmalarında biline gelen koşullardandır.

Şayet borçlu, alacaklıya borcunu belli bir vâdeye ertelemesi için kefil gösterse; bu kefillik, ödünç para borcu dışında bütün borçlarda geçerlidir. Çünkü asıl borçlu üzerindeki ödünç para borcu, vâdesiz olmalıdır. Ödünç para, asıl borçlu açısından ödünç eşya (âriyet) gibidir. Onun için vâde bağlayıcı değildir. Oysa bu kefil için vâdelidir. Çünkü kefil, kefillik akdiyle borçtan sorumludur. Akitle üstlenilen bir borç da, vâdelendirme kabul eder.

Ölüm hastalığında olan birisinin, bir borca kefil olması

Ölümcül hasta (maraz-ı mevtte) olan bir kimse, bir borca kefil olsa, daha sonra da borçsuz olarak ölse; üstlendiği borç, terekenin üçte birinden verilebilir. Çünkü kefillik akdi, bir bağış akdidir. Ölüm döşeğindeki bir kimsenin yaptığı teberrûlar, borcu olmadığında, ancak malının üçte biri oranında geçerlidir.

Şayet ölüm hastası olan kişi, bu borca sağlıklı günlerinde kefil olduğunu ikrar ederse ve bu kefillik, mirasçısı lehine veya mirasçısı adına olan bir borç değilse o zaman terekesinin bütününden ödenmesi gerekir. Çünkü sağlıklı günlerde üstlenilen kefillik, borç üstlenme nedenlerindendir. Hastalık sırasında, sağlıklı durumuna dayandırılarak ödenmesi gereken bir borçlanmayı gerektiren bir nedeni ikrar, borç ikrarı sayılır. Hasta bir kimsenin, mirasçısı olmayan yabancı bir kişiye yaptığı borç ikrarı geçerli, mirasçı lehine yaptığı borç ikrarı ise geçersizdir. Eğer mirasçıya kefil olma ikrarı ise, bu da hasta bir kimsenin içinde mirasçının yararı bulunduğu bir sözdür. Hasta yatağında olan kimselerin ehliyetleri, bu tür sözler konusunda kısıtlıdır.

Eğer hasta olan kişinin, malının tamamını kapsayacak kadar kuşatacak derecede borcu varsa, böyle bir ikrarda bulunması geçersizdir. Çünkü sağlıklı günlerinin borcu, hastalık günlerinde yapılan borç ikrarından önce gelir. Sağlıklı günlerinin borcu kaldığı sürece, hastalık sırasında yaptığı borç ikrarı, dikkate alınmaz.

Sağlıklı günlerinde belli bir kimsenin, adını söylemediği birisi lehine ikrar ettiği borca kefil olmuş, daha sonra da bütün malını kuşatacak derecede borcu varken (borca batık iken) hastalanmış, kendisine kefil olduğu kişi de falancaya bin dirhem borcunun olduğunu ikrar etmişse; hasta kişi, bu borcu bütün malına yönelik olarak üstlenmek zorundadır. Çünkü borcu üstlenme nedeni olan kefillik akdi, sağlıklı durumda iken tamamlanmıştır. Böyle bir nedenle üstlenmiş olduğu borç, sağlıklı günlerin borcu gibidir.

[20/128]

Kefil olunan kişi, kefilin ölümünden sonra böyle bir ikrarda bulunduğunda da hüküm böyledir. Lehine ikrarda bulunulan kişi, ikrar edilen malı alacağı almak için kefilin diğer alacaklılarına ortak olur. Çünkü borcun aslı, sağlıklı günlere dayanmaktadır. Dönüş imkânı olmayacak, vazgeçilemeyecek bir şekilde üstlenilmiş ve kesinlik kazanmıştır.

Bir kimse, birisi lehine karar verilecek bir borca veya biri lehine oluşacak bir borç için birisine kefil olursa, bunun hükmü de yine böyledir. Eğer bu borç, mirasçı lehine veya mirasçı adına ya da mirasçının mirasçısı lehine ise hüküm yine böyledir. Çünkü bu kefillik, sağlıklı günlerde üstlenilen bir kefilliktir. Derek (satın alınan malın başka birisine ait olduğunun ortaya çıkması durumunda ona kefil olmak) kefilliğine benzer. Eğer hasta kişi, sağlıklı günlerinde bir ev alım-satımında meydana gelebilecek bir derek için kefil olursa, daha sonra da ev, kefilin hastalığı sırasında veya ölümünden sonra mülkiyet iddiası (istihkak) dâvasıyla geri alınırsa, alıcı, ev için ödediği bedeli almak için kefilin alacaklılarına ortak olur. Çünkü borcun aslı, sağlıklı günlere dayanmaktadır. Bu konuda o, hastalık günlerindeki kefillikten farklıdır.

Eğer borcu olmayan bir kimse, hastalığı sırasında birisine kefil olur, daha sonra da bütün malını kuşatacak derecede borçlandıktan sonra ölürse, kefillik geçersizdir.

Çünkü hastalık sırasında belli bir nedenle üstlenilen bir borç, sağlıklı günlerinin borcu gibidir. Daha önce de açıklandığı gibi, hastalık sırasında üstlenilmiş bir kefillik, sağlıklı günlerin borcu, bütün malı içine alacak derecede olduğunda geçersizdir.

Bilinmeyen iki alacaklıya kefil olmak

Bir kimse, iki kişi lehine kefil olur ve kimliğini tam belirtmeden; "filan kimsenin filandaki alacağına" veya "diğerinin, filandaki alacağına kefilim" derse; bu kefillik, ister kefil olunan mallar aynı cins, isterse ayrı cins olsun geçersizdir. Çünkü bu durumda lehine kefil olunan kişi ile kendisine kefil olunan kişi bilinmemektedir. Bu tür bir bilinmezlik, aşırı bilinemezliktir. Daha önce de açıklandığı gibi; bu tür bir bilinmezlik, kefilliğe engeldir.

Bilinmeyen iki borçluya kefil olmak

Eğer bir kimsenin, her birinde bin dirhem olmak üzere iki kişide alacağı olsa; birisi de alacaklıya; "ben, filan kimsedeki alacağına kefilim" dese; mallar, ister aynı cins, isterse ayrı cins olsun bu kefillik, geçerlidir.

Çünkü buradaki bilinmezlik, kefil olunan kişinin bilinmezliğidir; bu da az ve sonradan tamamlanabilir bir bilinmezliktir. Böyle bir bilinmezlik, genişlik ve kolaylık temeline dayalı olan bir sözleşmeye olumsuz etki etmez. Çünkü alacaklı bilinmektedir. Dolayısıyla kefile, borç isteği onun tarafından yöneltilecektir. Ancak kefil açısından, dilediği borcu ödeme konusunda muhayyerlik hakkı devam edecektir.

Eğer bir kimsenin iki borcundan birisine kefil olsaydı, o kefillik geçerli olurdu. Bu kefillik de işte onun gibidir. Önceki kefilliğin durumu ise bundan farklıdır. Orada, borcun ödenme isteği kefile bilinmeyen kişi tarafından yöneltilmemektedir.

Bu konularda kişiye kefillik, borca kefillik gibidir. Her iki kefilliği; "Senin lehine falan kişinin şahsına, eğer onu, sana yarın teslim edemezsem ondaki yüz dinar alacağına kefilim," ya da; "Falan kimsenin kendisine, onu sana yarın teslim

edemezsem, ondaki bin dirhem alacağına kefilim" diyerek birleştirdiğinde de hüküm yine böyledir. Eğer ertesi gün onu teslim edemezse, o, bu iki borçtan dilediğini, lehine kefil olduğu kişilerden birine öder. Çünkü alacaklı, tek kişidir ve bilinmektedir. Şayet kendisine kefil olduğu kişilerden birini, belirtilen günde teslim ederse, bütün kefillik sorumluluğundan kurtulur. Çünkü kefil olduğu iki kişiden birisini teslime uğraşması, kefillik konusunda onu seçtiği anlamına gelir. Dolayısıyla onun bu seçimiyle, diğeri için kefilliği geçersiz olur. Kefillik için seçtiği kişiyi de, teslim etmiştir. Haliyle, kefillik sorumluluğundan da kurtulmuştur.

İki kişinin her birinin, bir kimsede alacağı olsa, bir başkası da alacaklılardan birine; "Senin filan borçlunu sana getirmeye kefilim; yarın onu sana getiremezsem, filan kimsenin filana olan borcuna kefilim" derse, kişiye kefillik geçerlidir. Çünkü, bilinen bir kişi lehine mutlak olarak kefil olmuştur. Mala kefillik ise geçersizdir. Çünkü böyle bir kefillikte risk vardır. Bu borç, lehine kişiye kefillikte bulunduğu kişiye olan bir borç değildir. Kişiye kefilliğin geçerliliği, borca kefilliğin kişiye kefilliğe bağlı olarak geçerli olduğunun ispatına itibar edildiği için değildir. Böyle bir şey, borç üstlenmeyi sırf koşula bağlamadır. Bu da, kefilliğin belli bir eve girme koşuluna bağlanması durumunda olduğu gibi geçersizdir. [20/129]

Eğer bir kimse, birisine; "Senin lehine falan kişinin kendisine onu yarın sana getirip teslim edemezsem, başka bir kişi lehine falan kişinin kendisine kefilim" derse; ikinci kefillik, geçersizdir. Çünkü ikinci kefillik, birinciye bağlı bir kefillik değildir. Dolayısıyla teslimin üstlenilmesi için öne sürülmüş soyut bir koşul sayılır.

Biribiri ile bağlantılı olmayan iki kefillikten birisinin diğerine kefil olması

Eğer bir kişiye kefil olunmuş; "Senin lehine falan kimsenin kendisine kefilim. Sana onu yarın teslim edemezsem, falanın falan kimsedeki bin dirhem alacağını üstleniyorum" der, diğer kişi de, buna razı olursa, birinci kefillik geçerli, ikinci kefillik geçersizdir.

Çünkü kişiye kefillik, bu borca itibarla değildir. Dolayısıyla mal kefilliği, kişiye kefilliğe tabi olarak geçerli saymak mümkün değildir. Şayet; "Senin lehine falan veya falan kimseye, birinin diğerine olan borcuna veya kendisine kefilim" derse; bütün bu kefilliklerde, lehine kefil olunan kişiler belli olmadığı için kefillik geçerli değildir. Eğer; "Senin lehine, bu iki borçlundan birinin kendisine kefilim veya bu ikisindeki alacağından birine kefilim" derse, kefillik geçerlidir. Çünkü hitâb ettiği kişi, lehine kefil olunan kişidir; kefillikle üstlenilen sorumluluğun yerine getirilmesi isteği, ondan gelecektir. Kefilin üstleneceği borcun veya kişinin belirlenmesi de yine ona aittir.

Eğer birisine onun isteğiyle kefil olur, kefil olduğu kişi de, bu kefillik nedeniyle üstlenilen borca yetecek değerde rehin verirse; kefillik ve rehin akdi geçerlidir. Çünkü kefillik akdiyle, alacaklı borcu kefilden alma hakkına sahip olmuşsa, kefil de asıl borçludan alma hakkına sahiptir.

Şayet borç, vâdeli bir borç ise; bu tür borç için verilen kefillik de geçerlidir.

Eğer rehin verilen mal, kefilin yanında iken telef olursa, rehinin telefiyle alacağını sanki gerçekten teslim almış sayılır. Hatta, kefil üstlenmiş olduğu borcu alacaklıya öderse, ödediğini almak için asıl borçluya başvuramaz. Şayet alacaklıya ödemeyi asıl borçlu yaparsa, ödediğinin dengini almak için kefile başvurabilir. Bu durum, alacaklının alacağı parayı asıl borçludan daha önceden gerçek anlamda almasına benzer.

Bir kimsenin borcuna, borçlu tarafından rehin verilmesi koşuluyla kefil olmak

Bir kimsenin bin dirhem tutarındaki borcuna, o kişinin isteğiyle ve kendisine belli bir köleyi rehin vermesi koşuluyla kefil olmuşsa; kefillik bu şekilde, kefil ile lehine kefil olunan kişi arasında herhangi bir koşul olmadan, geçerlidir. Daha sonra kendisine kefil olunan kişi, köleyi ona vermekten kaçınırsa, köle rehin olmaz. Çünkü kefil, önceden onu teslim almamıştır. Bir rehin akdi, ancak rehin gösterilen şey teslim alındığında tamamlanır. Kendisine kefil olunan kişi, köleyi kefile teslim etmeye zorlanamaz. Çünkü bu teslim, kefil olunan kişi tarafından verilmiş bir sözdür (vaattir). Vaatleri yerine getirmek zorunlu değildir. Kefillik akdi ise kefil olan kişiyi bağlayıcıdır. Çünkü o, alacaklıya olan borcu, aralarında herhangi bir koşul öne sürülmeden kayıtsız bir kefillik akdiyle üstlenmiştir.

Kefile kefil olma koşulu

Şayet kefil, alacaklıya; "Falan kişinin sana olan bu borcuna, o kimse şu köleyi bana rehin olarak verirse kefil olurum; köleyi vermezse kefillik üstlenmiyorum" der ve bu koşulla kefil olursa, kefillik geçerlidir. Bu durumda, köle kendisine teslim edilmezse, kefillik yükümlülüğünden ve borçtan kurtulur. Çünkü o, bu koşul yerine getirilmeden kefillik üstlenmeye razı olmamıştır. Kefillik yoluyla borç üstlenmek, tam bir rızaya dayanır. Ayrıca kefil, bu rehin kendisine verilmezse borçlu olmama koşulunu koşmuştur. Konulan bir koşul da yerine getirilmelidir. Sözü edilen borçlunun kendisine kefil göstermesi koşuluyla borca kefil olduğunda da hüküm yine böyledir. Üstlenilen bu kefillik, alacaklı açısından koşulsuz bir kefilliktir. Daha sonra kendisine kefil olunan kişi, kefile kefil vermekten kaçınsa bile kefilin üstlendiği kefillik yine de geçerlidir. Çünkü, kefile kefillik câizdir.

[20/130]

Şayet kefil, "üstlendiğim borç karşılığı bana kefil verilmezse, üstlendiğim kefillikten sorumlu değilim" diyerek alacaklıya koşul koyarsa, bu koşulu geçerlidir. Kendisine kefil gösterilmezse, bu kefillikten sorumlu değildir. Çünkü koşul konulan kefillik de, rehin gibidir. Daha önce rehinle ilgili olarak açıklandığı gibi; bu koşul alacaklı için konulmuş bir koşuldur. Uyulması gereklidir. Kefillik koşul koyulduğunda da, hüküm yine böyledir. Çünkü kefilin her iki durumda da güttüğü amaç, güvence elde etmek, sadece borç ödeyen kişi konumuna düşmemek için kendi yararını korumaktır.

Şayet kefil, üstlendiği borç karşılığı kefil olduğu kişinin evini satın almak üzere anlaşma yazarsa, bu anlaşma geçerlidir. Çünkü bu anlaşma, vâdeli bir borç karşılığı mal satın alımı gibidir. Bu para kendisine, borçları hesaplaşma yoluyla kefil olunan

kişinin kefile yaptığı bir ödemedir. Bu durumda kefil olunan kişi, bu parayı sanki ona gerçekten ödemiş gibidir.

Bir kimsenin, kendisine kefil olur; bir yıla kadar onu teslim etmezse, borcu olan bin dirhemi üstleneceğini söylerse, kendisine kefil olunan kişi de yıl dolmadan borç karşılığı ona rehin verirse, verilen rehin geçersizdir. Çünkü kefil, henüz bu borcu üstlenmemiştir. Çünkü kefil, borç üstlenmeyi kişiye kefilliği yerine getirmemeye bağlamıştır. Dolayısıyla koşul gerçekleşmeden önce borç üstlenilmez. Görmez misin; teslimini üstlendiği kişiyi, vâde dolmadan önce onlara teslim etseydi, herhangi bir borç üstlenmeyecekti.

Şayet; "Sözünde takdim-tehir öne alma-sona alma / cümlelerin yerini değiştirme vardır. O, önce borcu üstlendi; sonra da kişiyi teslimi, borç sorumluluğundan kurtulma koşulu olarak gösterdi,"şeklindeki sözünüz ne oldu? denilirse; buna cevap olarak şöyle deriz: Bazı Hanefî âlimlerinin, kişiye kefilliğin gereği yerine getirilmediğinde borç isteminin kefile yönelmesi için kullandığı yol budur. Ancak gerçekte, sözü geçen borç, kişiye kefilliğe bağlı olarak üstlenilmektedir. Yani borç sorumluluğu, ancak ertesi gün kefil olunan kişi teslim edilmediğinde kefillik yoluyla üstlenilmiş olur; yoksa borçtan hemen sorumlu tutulmaz.

Kişiye kefillik için rehin almak

Kişiye kefillikle ilgili olarak mal rehini hiçbir durumda geçerli değildir. Çünkü mal rehini, hakkın rehin malın değerinden alınma imkânı olduğunda geçerlidir. Mal rehininin gereği, hakkını alacak kişinin rehin mal üzerinde zilyetliğinin bulunmasıdır. Eğer rehin verilen bir mal, onu teslim alan kişinin yanında iken zarara uğrarsa, bu malı ödemek zorunda değildir. Çünkü o, bu rehini karşılığında bedel olmaksızın teslim almıştır. Rehin sorumluluğu, hak alma sorumluluğudur. Bu da, karşılığında borç bulunmadığı sürece gerçekleşmez.

Bir kimse, bir başkasının henüz vâdesi dolmamış borcuna kefil olur; "Vâdesi dolduğunda bu borcu ben üstleniyorum" der, kendisine kefil olunan kişi de, kefile rehin verirse, yapılan akit geçerlidir. Çünkü kefillik akdiyle bu borcu üstlenmiş, alacaklının onu kendisinden istemesini, vâdenin dolmasından sonraya bırakmıştır. Bu da, borcun aslının, asıl borçlunun borcu oluşuna engel olmadığı gibi, kefilin bu borçtan sorumlu tutulmasına da engel değildir. Kefil, bu borcu ödemekle yükümlü duruma geldiğinde, bu ödediğini asıl borçludan alma hakkına da sahip olur. Bu şekildeki bir borç için rehin verilmesi de geçerlidir.

Şayet bir kimse, bir başkasına; "Falan kimsedeki alacağın yitmeye uğrarsa, ben bu alacağına kefilim" der ve kefillik karşılığı o kefil kişiye rehin verilirse; böyle bir rehin akdi geçerli değildir. Çünkü henüz borç gerçekleşmemiş, kefil olan kişi, bu borcu üstlenmeyi bir koşula bağlamıştır.

Şayet; "Sana olan borcunu veremeden ölürse, ben bu borcu üstleniyorum" der, kendisine kefil olunan kişi de, onun bu sözü karşılığı kendisine rehin verirse,

rehin akdi geçersizdir. Çünkü borç henüz üstlenilmemiştir. Bu koşulla üstlenilen kefillik ise geçerlidir. Çünkü bu tür koşullar, kefillik akitlerinde öteden beri bilinen, âdet durumuna gelmiş koşullardandır.

Eğer derek kefilliği üstlenen bir kişi, kendisine kefil olduğu kimseden rehin almışsa; bu rehin geçersiz, kefillik ise geçerlidir. Çünkü satın alınan mal, mülkiyet iddiası (istihkak) dâvasıyla alıcıdan alınmadan önce, kefil bu malın bedelinden sorumlu olmadığı gibi, asıl da henüz böyle bir ödemede bulunmak zorunda değildir. Dolayısıyla bu konuda verilecek rehin de, geçerli değildir. Böyle bir rehin malın, rehin alan kişi tarafından ödenmesi de gerekmez. Çünkü o, bu malı sahibinin izniyle teslim almıştır. [20/131]

Yukarıda, borç karşılığı rehinin geçersiz olduğu söylenilen her durumda, rehin verilen mal, kefilin elindeyken borcun vâdesi dolar, kefilden ödemesi istenir; o da, borca karşılık elindeki rehini tutmak isterse, bunu yapma hakkı yoktur.

Çünkü rehin akdinin aslı, geçersizdir. Kefilin onu teslim almasıyla, rehin mal üzerinde hakkını alma zilyetliği sabit olamaz. Dolayısıyla, borcu ödemesi gerekse bile, geçersiz bir zilyetliğe dayanarak onu bundan sonrası için elinde tutma hakkı yoktur.

Kira ücreti karşılığında rehin

Bir kimse, birisinden Mekke'ye gitmek üzere deve kiralasa; bir başkası da, devenin kira veya yük taşıma ücretine kefil olsa, kefil olan kişi, kendisine kefil olduğu bu kimseden bu ücretle ilgili rehin alsa, bu rehin geçerlidir. Çünkü kefil, kefil olduğu şeyden sorumludur. Bu sorumluluğu kefillik akdiyle hukuken başlamıştır.

Muhammed (rh.a.)'in esas aldığı kurala göre; kira akdinde bu geçerlilik, akdin yapılmasıyla kira bedeli olan ücret, vâdeli olarak üstlenilmiş olduğu içindir. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre, her ne kadar borcun ödenme gerekliliği gecikse bile, ödenme nedeni kesinlik kazandığı içindir. Görmez misin böyle bir borç, ibra edildiğinde ibra geçerlidir. Dolayısıyla, ister alacaklı tarafından kefilden, isterse kefil tarafından kendisine kefil olunan kişiden alınmış olsun, bu borç karşılığı alınan rehin geçerlidir. Bu durum, bir öncekinden farklıdır.

Havalede rehin

Şayet bir kimse, bir başkasına borç havale eder ve kendisine bu havale karşılığı rehin verirse, rehin akdi geçerlidir. Çünkü borç havale edildiğinde, kendisine havale yapılan kişi, her ne kadar başvurma hakkı, borcu ödediği ana kadar ertelense bile, havale yapandan alacaklı duruma geçer. Nitekim havale akdiyle, asıl alacaklı da kendisine havale yapılan kişiden alacaklı duruma gelir.

Bir Müslümanın bir gayri müslime kefilliği iddiasında gayri müslimin tanıklığı

Bir Müslüman, gayri müslim birine karşı alacak dâvası açar; Müslüman birisinin de bu borca kefil olduğunu iddia edip gayri müslimler tarafından, anılan Müslümanın bu borca kefil olduğuna dair tanıklar getirirse; tanıklık, Müslüman kefilin bu kefilliği konusunda ispat için yeterli sayılmasa bile, asıl dâvalının borcunu ispata yeterli sayılır. Çünkü kâfirin Müslüman aleyhine tanıklığı, delil olamaz.

Tıpkı bunun gibi, asıl borçlu gayri müslim olup, iki gayri müslim tanık da, birbirine kefil olan bir Müslümanla bir kâfirin bu borca kefil olduklarına tanıklık etseler, yapılan tanıklık, asıl borçlu ve kâfir olan kefil aleyhine geçerli, Müslüman kefil aleyhine ise geçersizdir. Çünkü bu kefillikler, birbirinden ayrılabilen, birbirinden bağımsız kefilliklerdir. Getirilen delilin geçerli olduğu oranda, onun da geçerliliğine karar verilir.

Bir Müslüman, başka bir Müslümana karşı alacak dâvası açar, dâvalı bunu inkar eder, dâvacı da dâvacıdan kendi isteğiyle zimmîlerden birini kefil gösterdiğini söyler, kefil gösterilen kişi de, kefilliği inkar eder, iki zimmî tanık da, bu konuda tanıklık yaparlarsa, onların kefil aleyhine yaptıkları tanıklık geçerli, Müslüman aleyhine yaptıkları tanıklık geçersizdir. Hatta kefil, kefillik akdinin gerçekleşmediğini iddia ediyorsa, Müslümana herhangi bir şey almak için başvuramaz. Çünkü kâfirlerin tanıklığı, Müslüman aleyhine delil olamaz. Dolayısıyla, böyle bir tanıklıkla dâvacı, Müslümandan alacaklı olamaz. Tıpkı bunun gibi kâfirin Müslüman aleyhine tanıklığına dayanarak, Müslüman birisi kefillik sorumluluğu üstlenemez.

Şayet bir Müslüman ile bir zimmî, belirli bir borçtan ortaklaşa sorumlu olarak bir belgede yer almışlar; Müslüman, belgede ilk bölümde, zimmî de, kefil olarak ondan sonra kaydedilmişse veya bu belge, her ikisi aleyhine düzenlenmiş olup, belgede birbirlerine kefil oldukları belirtilmişse, hüküm yine böyledir. Çünkü birisinin borç ödeme sorumluluğu, diğerinin borç ödeme sorumluluğundan farklıdır. Bu durumda hakim, dinlenilen tanıklıkların beyanlarının geçerliliği durumuna göre karar verir. Böyle bir tanıklık, kâfir aleyhine geçerli ise de, Müslüman aleyhine geçersizdir.

Şayet iki kişinin birisinde alacağı bulunsa ve bu alacaklılardan her biri diğer ortağın alacaktaki payına kefil olsa bu kefillik aralarındaki ortaklık açısından geçerli değildir. Bunun anlamı; her ne kadar asıl alacak aralarında ortak ise de, ortaklardan biri bu parayla özellikle diğer arkadaşının payına kefil olamaz. Çünkü bu, borcun teslim alınmadan önce paylaşılmasına götürür. Diğer taraftan bir kimse, başka biriyle aralarında ortak olan bir borcun yarısına kefil olamaz. Çünkü böyle bir kefillik insanı, bir kimsenin kendi kendisine kefil olması sonucuna götürür
[20/132] ki, bu da geçerli değildir. Görmez misin; bu kişilerden biri alacaklıdan veya başka birinden kendine düşen alacağı alsa, diğer arkadaşının teslim alınan bu alacakta, ona ortak olma hakkı vardır. Kefil olan ortağından teslim aldığında da hüküm yine böyledir. Bir kimse, böyle bir kefillik üstlenmekle diğer kişiyle ortaklık hakkını düşürmüş olmaz. Çünkü ödemeyi gerektiren neden gerçekleşmeden önce hakkın düşürülmesi geçersizdir. Teslim alınan malda, diğer arkadaşıyla ortaklığı gerektiren neden, o malın teslim alınmasıdır. Kefillik akdi de bunu gerektirir. Bunun için de, böyle bir kefillik geçersizdir. Bu konuda üstlenilen kefillik, borç ödeyerek yapılan

bağış gibi değildir. Ortaklardan biri, borçlu adına diğer ortağının payını ödeyerek bağışta bulunsa; bu bağış, geçerlidir. Çünkü bu, teslim alınan maldaki ortaklık hakkını, nedene dayalı olarak düşürmektir ki, böyle bir düşürme de geçerlidir.

Bu durum, bir malın satımı için vekil atanan kişinin durumuna benzer. Vekil atanan kişi, vekil edeni lehine alıcının ödemesi gereken satış bedeline kefil olsa, bu kefillik geçerli değildir. Bu bedelin alınması için dâva açılsaydı, o zaman kefillik geçerli olurdu.

Özgür olma anlaşması bedeli için birisinin kendisine kefillik de geçersizdir. Bir kimse özgürlük bedelini köle adına ödeyerek ona bağışta bulunsa, bu bağış geçerlidir.

Şayet alacak bir kişiye ait olsa, bu kişi de ölse ve iki çocuğu ona mirasçı kalsa; bu çocuklardan her biri, diğerinin alacaktaki payına kefil olsa, bu kefillik de geçerli değildir. Çünkü alacak, bu iki çocuk arasında miras olarak ortak bir alacaktır. Böyle bir alacak, başka bir nedene dayalı ortak bir alacağa benzer.

Şayet bir kimsenin, kendi mirasçısı olan bir kişiden bin dirhem alacağı olur, üçüncü bir kişi de -borçlunun isteği olsun veya olmasın- bu alacağa kefil olur, daha sonra da alacaklı ölürse; mirasçının kefil üzerinde herhangi bir alacak hakkı yoktur. Çünkü bu durumda borçlu, kendi zimmetinde borç olarak duran bir mala miras yoluyla sahip olmuş ve üzerindeki borç düşmüştür. Asıl borçlunun borçtan kurtulması, kefilin de borç sorumluluğundan kurtulmasını gerektirir. Eğer borçlu olan bu mirasçı ile birlikte alacaklının başka mirasçısı da varsa, kefilden borçlu olan mirasçının payı düşer. Diğer mirasçı, kefilden kendi payına düşen alacağı isteme hakkına sahiptir. Çünkü kendi payına düşen bölümde alacaklının yerine o geçmiştir. Kefil kişi, asıl kişinin kurtulduğu borçlardan kurtulabilir.

Şayet borçlu, alacaklının mirasçısı ise ve bu borcunu birisine havale etmiş, üçüncü bir kişi de, alacaklının borçluyu aklaması (ibra etmesi) koşuluyla bu borca kefil olmuş, daha sonra da alacaklı ölmüşse, borçlu da onun mirasçısı ise havale akdi de borçlunun isteğiyle gerçekleşmişse; kefilin, herhangi bir borç sorumluluğu kalmaz. Çünkü bu borç, alacaklının ölümüyle artık borçlunun malı olmuştur. Bu durumda, parayı almak için kefile ve kendisine havalede bulunulan kişiye başvuracak olsa, onlar da kendisine başvuracaklardır. Çünkü havale ve kefillik akdi geçersizdiler. Geçersiz olan bir akit, ödeme sorumluluğunu da gerektirmez.

Eğer borç üstlenme (havaleyi kabul), borçlunun isteğiyle olmamışsa; alacaklı, kefile başvurabildiği gibi, kendisine havalede bulunulan kişiye de başvurabilir. Çünkü o, ölümünden sonra alacaklının yerine geçmiştir. Bu şekildeki bir başvurma da, yararı olan bir başvurmadır. Böyle bir durumda kefil ile kendisine havalede bulunulan kişi, eğer başkasının isteği olmadan borç üstlenmişlerse, bu borcu ödediklerinde bir şey almak için başkasına başvurma hakları yoktur.

Bu durum, bir öncekinden farklıdır. Çünkü orada borcun aslı, borçlunun zimmetindedir. O kişi, kendi zimmetindeki borca, miras yoluyla sahip olmuş ve böylece üzerindeki borç da düşmüştür. İster kefilden kefil olmasını kendi istemiş olsun, isterse istemiş olmasın artık ona başvuramaz. Burada ise, asıl borç sorumluluğa havale edilen kişiye geçmiştir. Bu durumda asıl olan kişi, başkasının zimmetindeki mala sahip olmuştur. Dolayısıyla yarar sağlayan bir alacak olduğunda, bu parayı isteme hakkına sahiptir.

Bir kimse, borçlu durumdaki kölesinin, bir kimsede olan alacağına kefil olursa, bu kefillik geçerlidir. Çünkü borçlu bir kölenin kazancı, alacaklılarının hakkıdır. Her ne kadar bu kefillik, görünüşte köle lehine olan bir kefillik ise de, sonuçta hukuken
[20/133] alacaklılar lehine olan bir kefilliktir. Borçlu durumda olan bir köle, efendisini kendisine başka nedenlere dayalı olarak borçlandırabildiği gibi, kefillik yoluyla da borçlandırabilir. Eğer köle, borcunu öderse kefillik sorumluluğu da efendiden düşer. Çünkü kölenin kazancı artık efendisinin olmuştur. Bir kimse kendi payına düşen bir şeyde, kendi kendisine kefil olamaz. Kölenin kefil olunan kişideki alacağı, önceden olduğu gibi devam eder. Onu, borçludan isteme hakkına sahiptir. Çünkü böyle bir durumda efendinin sorumluluktan kurtulması, kefillik akdinin kaldırılarak kurtulmasına benzer ki, asıl borçlunun borçtan kurtulmasını gerektirmez.

Alacaklının mirasçısı olan bir kimse, onun bin dirhem tutarındaki alacağına kefil olsa, daha sonra da alacaklı ölse; kefil, kefillik sorumluluğundan kurtulur. Bu borç, olduğu gibi kefil olunan kişi üzerinde kalır. Şayet bu kefillik, borçlunun isteğiyle gerçekleşmişse, borç asıl borçludan istenir ve alınır. Onun isteği olmadan kefil olunmuşsa, kendisine kefil olunan kişi, bir şey ödemek zorunda değildir. Çünkü alacaklının ölümüyle bu para, miras yoluyla artık kefilin malı olmuştur. Dolayısıyla alacaklı tarafından bağış veya ödeme yoluyla bu para, ona verilmiş gibidir. Şayet hayatta iken bu parayı ödese veya bağışlasaydı, onu almak için kendisine kefil olunan kişiye, onun isteğiyle kefil olmuşsa, başvurabilirdi. Eğer ondan herhangi bir istek gelmeden kefil olmuşsa, ondan bir şey isteyemezdi. Bu konu da onun gibidir. Eğer alacaklı, belli bir kimsenin borçlunun isteğiyle ona kefil olması veya bu borcu, belli bir kimseye havale etmesi koşuluyla borçluyu borçtan ibra eder, daha sonra da ölürse; kefil de onun mirasçısı ise o, bu parayı asıl borçludan isteyip alma hakkına sahiptir. Eğer bu kefillik, borçlunun isteği olmadan gerçekleşmişse, bu durumda bir şey almak için asıl borçluya başvuramaz. Çünkü miras yoluyla kendi zimmetinde olan bir mala sahip olmuştur. Bu durum, ödeme yoluyla anılan mala sahip olunmasına benzer.

Kendi değeri bin dirhem olan bir köle, efendisinin emriyle iki kişi lehine iki bin veya üç bin dirhem tutarındaki borca kefil olsa, sonra bin dirhem de borçlansa,sonra da bu köle bin dirheme satılsa, satış bedeli olarak alınan para, alacaklılar arasında paylaştırılır. Lehine kefil olunan kişi de, bütün alacaklara oranla

alacağı oranında bu paradan payını alır. Çünkü borçsuz olduğu sırada efendisinin izniyle bu borca kefil olduğunda, bu kefillikle bütün borç yükümlüğünü üstlenmiştir. Şayet önceden bin dirhem borçlandıktan sonra böyle bir kefillik üstlenseydi, satış bedelinin hepsi, yalnız alacaklısının olurdu. Çünkü bu durumda kölenin kefilliği, kendi maddî değeri borçla meşgul (bağlantılı) duruma geldikten sonra gerçekleşmiş olurdu. Efendisinin emriyle kefil olmuş olması, her iki durumda da aleyhine borç ikrarında bulunmaya benzer.

Şayet köle, bin dirhem tutarındaki borca kefil olduktan sonra, ikinci bir bin dirhem borca daha kefil olsa, daha sonra da bin dirhem borçlansa, peşinden de kendisi bin dirheme satılsa; ikinci bin dirhem borca kefilliği geçersizdir. Çünkü köle, bu borca kendi maddî değeri, önceki kefillikle uğraşma durumuna geldikten sonra kefil olmuştur. Bu durum, efendinin köle aleyhine bin dirhem borç ikrarında bulunduktan sonra, ikinci bir bin dirhem borç etmesine, daha sonra da bin dirheme satılmasına benzer.

Bu konuların tamamı, ticarete izinli kölelerle ilgili bölümde açıklanmıştır.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

Kefillikle ilgili bölüm bitti. Allah'a şükür ve minnet olsun.

Allah'ın lütfü keremiyle burada sona ermiştir.

SULH AKDİ

(كتاب الصلح)

Büyük, zahid imam, imamların güneşi ve İslam'ın övüncü Şeyh Ebû Bekir Muhammed b. Ebû Sehl es-Serahsi (rh.a.) yazdırarak, bil ki deyip şöyle söyledi:

Sulhun dine uygunluğu (meşruiyeti)

Sulh akdi, dine uygunluğu (cevazı) kitap ve sünnetle sabit olan bir sözleşmedir. Kitaptan delili Allahu Teâlâ'nın,

﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾

"Aralarında bir sulh yapmalarında onlara bir günah yoktur, sulh (daima) hayırlıdır." (en-Nisâ, 4/128), âyetidir. Bu âyet sulhun, iyiliğin son noktası olduğunu açıklamaktadır.

Sünnetten delili ise aşağıdaki rivayetlerdir.

Peygamber (s.a.v.) Mekke ahalisi ile Hudeybiye'de aralarındaki savaşı on yıllığına bırakmak üzere sulh akdi yapmıştır."[45] **[20/134]**

---

[45] Buhârî, Şurût, 15; Müslim, Cihâd, 111; Ebû Dâvûd, Cihâd, 129; Tirmizî, Cihâd, 29; Nesâî, Sulh, 1; İbn Mâce, Cihâd, 39; Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, 4/323, 324, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333.

Peygamber (s.a.v.) bir gün mescide girdi iki kişinin bir elbise hususunda tartıştıklarını gördü ve onlardan birisine:

هَلْ لكَ إلَى الشَّطْرِ هَلْ لك إلَى الثُّلُثَيْنِ فدعاهُمَا إلَى الصُّلح

"Yarısı mı senin, üçte ikisi mi senin? diye sorup, onları sulha davet etti."[46] Peygamber onları ancak meşru bir akde davet ediyordu.

Peygamber (s.a.v.) (başka bir hadiste de) şöyle buyurdu:

الصُّلْحُ جائزٌ بين المسلمين إلَّا صُلْحًا حرَّمَ حلالًا أوْ أحلَّ حرَامًا

"Helalı haram, haramı helal kılmadıkça Müslümanlar arasında yapılan sulh caizdir."[47] Ali (r.a.)'de Ebû Musa el-Eş'arî'ye şöyle yazdı: "Haramı helal, helalı haram kılmadığı sürece bütün sulhlar meşrudur (câizdir)". Aynı ifade Ömer (r.a.)'in Ebû Musa el-Eş'arî'ye yazdığı mektubun baş kısmında da bulunmaktadır. Bu mektup sahabîler (r.a.) arasında meşhur olup, onun bu mektupta andığı konular, sahabîlerin üzerinde icma ettiği meseleler gibidir. Hadiste geçen "Haramı helal, helalı haram kılmadığı sürece" şeklindeki ayrı tutmadan Şâfiî (r.a.) inkar şeklinde yapılan sulhun[48] geçersiz olduğu hükmünü çıkarmıştır. Çünkü bu şekildeki sulh helal olan bir şeyi haram kılmaktadır. Eğer dâvacı (iddia eden kişi) haklı ise sulhtan önce o malı alması helal iken sulh sözleşmesi ile birlikte haram duruma gelir. Eğer dâvacı hak sahibi değilse sulh sözleşmesinden önce haksız dâvaya dayanarak diğerinin malını alması haramdır. Böyle olunca da (inkar üzerine yapılan sulh) helalı haram, haramı helal kılmaktadır.

Helali haram, haramı helal kılan sulh

Fakat biz Hanefiler diyoruz ki (hadisten) kastedilen bu değildir. Çünkü ikrardan sonra yapılan sulhda da benzer bir durum bulunmaktadır. Çünkü sulh genel olarak (alacak) hakkının bir kısmı üzerine gerçekleşir. Alınandan, hak olanın tamamına kadar olan fazlalık sulh sözleşmesinden önce dâvacının alması helal iken, sulh ile birlikte haram duruma gelir. Sulhdan önce dâvalının bunu vermemesi haram iken, sulh sözleşmesiyle birlikte helal duruma gelmektedir. Böylece (hadisten) kastedilenin bu olmadığını öğrenmiş olduk.

Helalı haram yapan sulh, bir kimsenin iki hanımından birisi ile, diğer hanımıyla veya câriyesiyle cinsel ilişkiye girmemek üzere sulh yapmasıdır. Haramı helal yapan sulh ise, şarap veya domuz karşılığı yapılan sulhdur. Biz Hanefilere göre bu tür bir sulh akdi geçersizdir. Hadisi bu şekilde anlayıp yorumlamak daha doğrudur. Çünkü mutlak olarak haram kelimesi kullanıldığında, haram li aynihi (bizzat kendisi

---

[46] Bkz. Buhârî, Salât 71; Müslim, Müsâkât 20; İbn Mâce, Sadakât 18; Ebû Dâvûd, Akdiye 12; Nesâî, Âdâbu'l-Kudât 20.

[47] İbn Mâce, Ahkam 23; Ebû Dâvûd, Akdiye 12; Tirmizî, Ahkam 17; Hakim, *Müstedrek*, IV/113.

[48] İnkar şeklinde olan sulh, dâvalının iddiasını kabul etmemekle beraber, mahkemeye düşmemek için onunla sulh yapmasıdır.

haram) anlaşılırken helal kelimesi mutlak olarak kullanıldığında helal li aynihi (bizzat kendisi helal) anlaşılır.

Sonra Muhammed (rh.a.) Ali (r.a.)'nin kendisine arz edilen bir dâva hakkında şöyle dediğini anar: "Bu bir zulümdür. Eğer sulh yapmamış olsalardı onu reddederdim". Bu rivayet sulhun cevazına delil oluşturur. Onun cevr (zulüm) sözünün anlamı ise şudur: "Hükmün gerektirdiği şeyden veya bu hadisenin hükmüyle ilgili olarak benim ictihadımdan sapmadır. "cevr" meyl/sapma anlamındadır. Nitekim Allahu Teâlâ da:

﴿ وَمِنْهَا حَآئِرٌ ﴾ *"yolun eğrisi de vardır"* buyurur. (en-Nahl, 16/9) yani burada yolun meyletmiş olanı kastedilmiştir.

Bununla ilgili olarak Muhammed (r.a.) şöyle der: iki taraf arasında, hükmün gereğine aykırı olarak yapılan sulh câizdir. Çünkü (sulh) tarafların karşılıklı rızalarına dayanır. Karşılıklı rıza ile bedelli veya bedelsiz olarak birisinin hakkının diğerine geçmesini sağlayan neden meydana gelmiş olur. İşte bu yüzden Ali (r.a.) onu red etmemiştir.

Şürayh (rh.a.) dan şöyle dediği rivayet edilir: "(Kocasının vefatı üzerine) karısına ne kadar mal, para ve benzerini miras olarak bıraktığı belli olmadan o miras malına karşılık verilecek bir bedelle sulh yapmak şüpheli bir akit (riybet)tir". Bazı rivayetlerde ise rubeyye kelimesi kullanılmıştır. Riybet kelimesinin anlamı şek ve şüphedir. Yani kocasının kadına ne kadar miras bıraktığı belli olmazsa bu onu şüpheye sokar, belki de onun payı. aldığından daha fazladır.

[20/135]

Rubeyye kelimesi ise riba kelimesinin küçültme ismidir (ismi tasğiridir). Yani eğer kocasının ona ne kadar miras bıraktığı belli olmazsa, onun (mirastaki vazgeçtiği) payına karşılık aldığı nakit para (mirasta kendi payına düşen nakit) cinsinden ve onun kadar veya ondan daha fazla olabileceğinden, yapılacak olan bu sulhda faiz şüphesi meydana gelir. Bunda da mirasçıların bazısını, mirasçılar arasından çıkarmak için bir şey üzerine sulh yapmasının cevazına delil vardır[49]. Sulh konusu olan maldaki bilinmezlik, sulh akdinin câiz oluşuna engel oluşturmaz. Çünkü bilinmezliğin akdi geçersiz kılmasının nedeni, teslimin mümkün olmamasıdır. Sulh akdinde ise sulh konusu şeyin teslimi gerekmediğinden, onun bilinmemesi sulh akdine engel değildir.

Kadının, ölen kocasının terekesindeki payına karşılık, diğer mirasçılarla sulh akdi yapması

Kadınla (mirastan alacağı mala) karşılık sulh akdi yapılırsa; kocanın bıraktığı miras malının bir bölümü, başkalarında bulunan alacak şeklinde ise, mirasın hepsine karşılık kadınla sulh yapsalar, bu geçersiz olur. Çünkü kadın mirastaki alacak şeklinde olan payını diğer mirasçılardan aldığı peşin mala karşılık temlik

[49] Burada, miras içindeki nakit paranın, suh bedeli olarak belirlenecek nakit paraya denk veya ondan daha fazla olması durumunda faiz söz konusu olur. Bu yüzden miras malının miktar ve sınırını belirlemek tarafları faiz şüphesinden kurtarır.

etmiş olmaktadır. Bir alacağı, borçlu olan kişilerin dışında, başka birisine bedel karşılığı temlik etmek câiz değildir. Mirastaki, alacaktan yapılan (sulh) akdi geçersiz olunca, mirasın bütünü üzerinde de geçersiz olur. Bu Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin satış konusundaki, "bir akit akit konusunun bir kısmı üzerine geçersiz olunca tamamı üzerinde de geçersiz olur" şeklindeki görüşüne delil oluşturur.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise şöyle derler: Burada alınan bedelden ayna (eldeki mala) karşılık alınan, olanın payı değildir. Alacaklar ise ele geçmediği sürece mal sayılmaz. Bu yüzden de bir bedel karşılığında temlike konu olmaz. Bu, bir kişinin özgür olanı ve köleyi birlikte belli bir fiyatla satmasına benzer. Bu yüzden de akit tümüyle geçersiz olur.

Eğer kadınla yalnızca terekedeki mal olan payına karşılık sulh akdi yaparlar ve terekede de alacak olmazsa bu konuda üç ayrı şık vardır.

1- O kadınla gerek dinar gerekse dirhem olan iki para çeşidinden birisi üzerinde sulh akdi yapmaları câizdir. Fakat terekede kadına verilen para türünden mal varsa bu paranın miktarı kadının payına düşen miktardan daha fazla olmamalıdır. Aksi durumda câiz olmaz. Çünkü riba (faiz) cereyan eden malların birbiriyle değişiminde eşitlik bulunmazsa, bu akit câiz olmaz. Eğer (terekedeki) payı aldığından daha fazla ise, terekenin diğer kısmındaki payı ile aynı türden olan bu fazlalık faiz olur. Aynı şekilde eğer payı (kendisine verilen parayla aynı) cinsten bir semen olup aldığına eşit ise, terekedeki payı fazlalık olur. Bu da karşılığı bulunmayan bir fazlalıktır. Faizin ta kendisidir.

2- Sulh bedeli dirhem ve dinar olursa bu câizdir. Terekede her iki para çeşidinden, kendi payına düşen miktar aldığından daha fazla ise, sarf akdine göre bu paralar çaprazlama olarak değiştirilir. Çünkü imkân ölçüsünde akitlerin geçerli duruma getirilmesi gerekir. Sulh akdinde ise diğer akitlerden öncelikli olarak bu kural uygulanır. Çünkü sulhtan maksat çekişmeyi ortadan kaldırmaktır. Çünkü çekişmenin uzamasında karışıklık (fesat) bulunmaktadır. Allah da karışıklığı sevmez.

3- Kadınla bir taşınır malı karşılığında sulh yapmaları da câizdir. Çünkü burada sulh bedeli, faize konu olan mallardan değildir. Terekedeki mal ile sulh bedeli olarak belirlenen malın aynı cinsten olup olmaması ve kadının terekedeki payının sulh bedeli olarak aldığı maldan fazla olup olmaması arasında da bir fark yoktur. Bu durum faize yol açmaz.

Hakim eş-Şehid (rh.a.) dedi ki: "İkrardan sonra[50] yapılan sulhda kadının payına düşen bölümde en az miktarda bir faiz gerçekleşmesi durumunda sulh akdi batıl

[50] İkrardan sonra sulh, dâvacının iddiasınının dâvalı tarafından kabul edilip, tarafların üzerinde anlaştıkları başka bir mal karşılığında borçlunun borçtan kurtulmasıdır.

olur"[51]. Bunu bu kitabın başka bir bölümünde açıklamıştık. İnkardan sonra sulh câizdir. Çünkü inkar durumunda (sulh bedeli olarak) aldığından daha fazla miktarda ortaya çıkmış bir hak yoktur.

İnkar (üzerine sulh yapılması) durumunda, dâvalı, anlaşmazlığı ve karşıtlığı ortadan kaldırmak için mal verir. Bunu yemin etmemeye karşılık olarak verir. Daha önce belirttiğimiz üzere bunda ise faiz gerçekleşmez. [20/136]

Ömer b. el-Hattab (r.a.) şöyle dediği rivayet edilir: "Karşıt taraflar sulh yapıncaya kadar (dâvayı) geri çevirirız. Çünkü mahkemenin (dâvayı) hükme bağlaması aralarında kin ve nefret doğurur." Bu rivayet hakimin hüküm vermek için acele etmemesi gerektiğini gösterdiği gibi tarafların sulh yapmaları için dâvayı ret etmesinin ve onları buna davet etmesinin müstehap olduğunu da gösterir. Tarafların arasının sulh yoluyla bulunması Müslümanlar arasında sevginin devamı ve nefretin giderilmesi amaçlarına daha uygundur. Fakat bu, dâvanın mahkemede açıkça dâva açılmadan öncedir. Fakat mahkemede dâva açıldıktan sonra hakim ancak tarafların rızası ile bu şekilde davranabilir. Hakim dâvayı bir veya iki defa geri çevirebilir. Çünkü böyle yapmakta hak sahibinin hakkının ortaya çıkmasının gecikmesi ve ona zarar verilmiş olması vardır. Bu, taraflardan birisine meyledildiği şeklinde bir töhmet de doğurur. Hakimin ise elinden geldiğince bundan kaçınması gerekir.

Amr b. Dinar'dan rivayet edildiğine göre, Abdurrahman b. Avf (r.a.)'ın mirasçıları onun hanımlarından birisiyle 83 bin dinara sulh akdi yaparak onu mirastan çıkardılar. Temâzur[52] adındaki bu hanımını Abdurrahman b. Avf hastalığı sırasında boşamıştı. Sahabîler (r.a.) o kadının mirası konusunda anlaşmazlığa düştüler. Daha sonra (kendisine düşen payın) yarısı üzerine sulh yaptılar.[53] Abdurrahman (r.a.)'ın dört tane hanımı vardır. Onların payları 1/32 (otuz ikide bir) eder. Mirasçılar onunla, bunun yarısı üzerine sulh yaptılar. Bu da 1/64 (altmış dörtte bir) eder. Bu hesaba göre o seksen üç bin dinar aldı. Muhammed (rh.a.)'in *el-Asl* adlı eserinde buna işaret edilmemiştir. Hadis kitaplarında anıldığına göre, bu miktar seksen üç bin dinardır. Bu da Abdurrahman b. Avf (r.a.)'ın servetini ve

---

[51] Sulh bedeli ile alacak aynı cins ribevi mallardan ise, sulh bedeli karşı tarafın kabul ettiği en az miktardaki alacaktan daha az veya fazla olursa bu faiz olur ve sulh akdini fâsid kılar.

[52] Bu hanımın tam ismi Temâzur binti'l-Esbağ b. Amr b. Sa'lebe el-Kelbî'dir. Peygamberimiz (s.a.v.) Abdurrahman b. Avf (r.a.)'ı Kelb kabilesine elçi olarak göndermiş ve onları İslam'a davet etmesini istemiş, eğer İslamı kabul ederlerse onların reislerinin kızıyla evlenmesini emretmişti. Abdurrahman b. Avf da emredildiği gibi yapmış ve Temâzur ile evlenmiş ve Medine'ye dönerken onu da yanında getirmişti. Abdurrahman b. Avf'ın bu hanımından Ebû Seleme adında bir çocuğu olmuştur.

[53] Bazıları Abdurrahman'ın onu boşadığını dolayısıyla mirastan pay alamayacağını söylemiş bazı sahabîler de ölüm hastalığı (marazı mevt) durumunda boşandığı için mirastan pay alabileceğini söylemişlerdi. Bunun üzerine mirastan düşen payının yarısını vermeyi teklif ettiler. O da bunu kabul etti. Böylece sulh yaptılar.

Helal yolla mal biriktirmenin meşruluğu

zenginliğini göstermektedir. O sağlığında iken mallarını Allah için dört defa taksim etmişti. Her defasında yarısını fakirlere dağıtmış, yarısını kendisine bırakmıştı. Bu rivayet, mal biriktirmenin ve helal yoldan zengin olmanın bir sakıncasının bulunmadığına delildir. Abdurrahman b. Avf, Resûlüllah (s.a.v.)'ın cennetle müjdelediği on kişiden birisidir. Bu görüşü Peygamberin (s.a.v.) şu sözü güçlendirir:

نِعْمَ الْمَالُ الصَّالِحُ لِلرَّجُلِ الصَّالِحِ

"Salih insanın elindeki salih mal ne güzeldir."[54]

Fakat buna rağmen mal toplamayı ve çoğaltmayı terk etmek ve onu Allah yolunda harcamak daha yerinde ve üstün bir davranıştır. Bu da Resûlüllah (s.a.v.)'ın şu hadisinde belirttiği gibi kendisi için tercih ettiği yoldur:

Yoksulluğun fazileti

اَللّٰهُمَّ اَحْيِنِي مِسْكِيْنًا وَاَمِتْنِي مِسْكِيْنًا وَاحْشُرْنِي فِي زُمْرَةِ الْمَسَاكِيْنِ

"Allahım beni yoksul olarak yaşat, yoksul olarak öldür ve yoksullar zümresiyle birlikte haşret"[55].

Abdurrahman b. Avf (r.a.)'ın rivayet ettiği aşağıdaki hadis de bunu gösterir.

فَإِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَهُ مَا أَبْطَأَ بِكَ عَنِّي يَا عَبْدَ الرَّحْمٰنِ قَالَ : وَمَا ذَاكَ يَا رَسُوْلَ اللهِ فَقَالَ رَسُوْلُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّكَ آخِرُ أَصْحَابِي لُحُوْقًا بِي بَعْدَ الْقِيَامَةِ وَأَقُوْلُ أَيْنَ كُنْتَ فَيَقُوْلُ مَعْنِي عَنْكَ الْمَالُ كُنْتَ مَحْبُوْسًا مَا تَخَلَّصْتُ إِلَيْكَ حَتَّى الْآنَ

Resûlüllah (s.a.v.) ona dedi ki: Senin bana ulaşmanı geciktiren şey nedir ey Abdurrahman biliyor musun?

O nedir ey Allah'ın Resulü ? dedi.

Hz. Peygamber (s.a.v.) buyurdular ki: Kıyamet gününde bana ulaşan en son sahabim sen olacaksın. Ben nerede idin? diyeceğim. Sen de şöyle diyeceksin: Ben tutuluyordum. Sana ulaşmama mallarım engel oldu. Şimdiye kadar onlardan (sorgusundan) kurtulup sana gelemedim"[56].

İbn Abbas (r.a.)'tan rivayet edildiğine göre: mirasçılar teharüc yapabilirler yani içlerinden bazılarına verdikleri mallara karşılık onlarla sulh akdi yapabilirler. Bu, mal paylaşımını kolaylaştırdığı için câizdir. Çünkü bütün mirasçılar terekenin hepsini bölüşmekle uğraşsalar, bu onlar için sıkıntılı olur. Hesap yapmak da zorlaşır. **[20/137]** Değerli mücevher ve onun gibi bazı malların paylaşımı mümkün olmayabilir. Sulh

---

[54] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, IV/197; İbn Hibbân, *Sahih*, VIII/6; Hakim, *Müstedrek*, II/3; Aclûnî, *Keşfü'l-hafâ*, II/1821.

[55] İbn Mâce, Zühd 7; Tirmizî, Zühd 37; Hakim, *Müstedrek*, IV/358; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/12; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, X/463.

[56] Bkz. Irakî, Tahrîcü Ehâdîsi'l-ihyâ, IV/52, 88.

yoluyla mirasçılardan bir kısmını çıkarırlarsa geri kalanlar için mirasın geri kalanını paylaşmak kolaylaşır. Bu yüzden de sulh câizdir.

İçinde emanet mal bulunan binanın yanması

Muhammed b. Sîrîn (rh.a.)'in şöyle dediği rivayet edilmiştir: Şürayh (rh.a.)'ın dâvaların çözümü için kendisine gelen iki taraf arasında sulh yaptığını sadece şu olayda gördüm; "Bir kadın birisine emanet bırakmış ve emanet bıraktığı kişinin de evi yanmıştı. Bunun üzerine onun komşularından bir kadın emanet bırakılan malı almış ve yitirmişti. İşte Şürayh bu iki kadın arasında yüz seksen dirhem karşılığında sulh yaptı". Bu gösteriyor ki, Hükmünü vermek için delil aramak Şürayh (rh.a.)'in âdetiydi. İki taraf arasında sulha bizzat kendisi başvurmazdı. Şöyle derdi: "Bir hakim hüküm vermek için orada tutulmaktadır. Taraflar bu yüzden ona başvururlar. Sulh ise hakimin dışındaki kişilerin işidir. Bu yüzden hakim kendisine belirlenen şeyle uğraşmalı, sulhu başkalarına bırakmalıdır". Ancak bu olayda karışıklık olması ve delillerin çelişmesi yüzünden taraflara sulh yapmalarını önermiştir. Çünkü içinde emanet bulunan ev yandığında, ev sahibinin bu emanet malı o komşularından birisine vermesi durumunda kıyasa göre emanetçinin onu ödemesi gerekir. İstihsana göre ise ödemesi gerekmez. Çünkü bu durumda emanet konusu malı başkasına vermek, onu koruma yollarından birisidir. Fakat bu davranış genel olarak (sözleşmenin koşullarına) aykırıdır. Çünkü emanet veren kişi söz konusu malı emanetçinin bizzat korumasını emretmiş ve başkasına vermemesini açıkça istemiştir. İşte Şürayh (rh.a.), delillerin çatışması ve karışık olması nedeniyle ikisi arasında mal karşılığında sulh yapmıştır.

Hişam b. Urve'nin babasından onun da Ayşe (r.a.)'den rivayet ettiğine göre Berire (r.a.) Ayşe'ye geldi. Ondan (kendisine yardım etmesini) istedi. Ayşe (r.a.) de ona "Eğer istersen sahibine parayı bir defada vereyim ve seni (satın alıp) özgür kılayım" dedi. O da bunu sahibine haber verdi. Onlar dediler ki: Velilik hakkı bizim olursa olur. Ayşe (r.a.)'de durumu Resûlüllah (s.a.v.)'a bildirdi. Peygamber (s.a.v.)'de şöyle buyurdu:

الْوَلاءُ لِمَنْ أعتق

"Velilik hakkı özgür kılana aittir."[57]

Ayşe (r.a.) onu satın aldı ve özgür kıldı. Daha sonra Resûlüllah (s.a.v.) hutbede şöyle buyurdu:

مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى شُرُوطُ اللَّهِ أَوْثَقُ وَكِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ وَكُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَقُولُ أَحَدُهُمْ أَعْتِقْ يَا فُلَانُ وَالْوَلاءُ لِي وَإِنَّمَا الْوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ

[57] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI/172; Buhârî, Mükâteb 3; Müslim, Itk 8; Nesâî, Talâk 29; İbn Hibbân, *Sahih*, X/90; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, III/198.

"İnsanlara ne oluyor ki Allah'ın kitabında olmayan koşullar ileri sürüyorlar. Allah'ın koşulları daha sağlamdır. Allah'ın kitabı (kendisine uyulmaya) daha layıktır. Allah'ın kitabında bulunmayan her koşul -isterse yüz koşul olsun- geçersizdir. İnsanlara ne oluyor ki birisi şöyle diyor: Ey falanca köleyi özgür kıl, ama velilik hakkı benim olsun. Muhakkak ki vela hakkı[58] *özgür kılana aittir."*[59] Bu hadisin incelikleri daha önce "Velayet Bölümü"nde geçmişti. Bizim burada bu hadisi almaktaki amacımız Peygamber (s.a.v.)'in Ayşe (r.a.)'ye:

اشتري واشترطي فإنما الولاء لمن أعتق

"Onu satın al ve koşul koy. Velilik hakkı özgür kılana aittir"[60] dediğini belirten Hişâm b. Urve'ye ait rivayetteki fazlalığın bir yanılgı olduğunu açıklamaktır. Ebû Yusuf (rh.a.)'un *"Emâlî"* adlı eserde söylediğine göre bu, bir aldatmadır (garardır). Resûlüllah (s.a.v.) de birisine aldatmayı emretmez. Onun burada söz konusu hitâbede bulunmasından maksat sulh ve karşılıklı rıza bulunması durumunda normal koşullarda câiz olmayan bazı şeylerin câiz olduğunu göstermektir. Çünkü Berire (r.a.) mükâtep bir câriye idi. Ayşe (r.a.) Berire'yi kendi rızasıyla satın aldı. Eğer rızası olmasaydı onu satın alması câiz olmazdı.[61] Bu da Allahu Teâlâ'nın hükmüne aykırı olmayan şeyin sulh sözleşmesinde koşul konulmasının câiz olduğuna delildir.

[20/138]

Allahu Teâlâ'nın hükmüne aykırı olan şeyin ise sulh sözleşmesinde koşul olarak ileri sürülmesi Peygamber (s.a.v.)'in "Allah'ın kitabında bulunmayan her koşul -isterse yüz koşul olsun- geçersizdir" hadisinden dolayı câiz değildir. Bu hadiste geçen "Allah'ın kitabı" ifadesi "Allah'ın hükmü" anlamına gelir. Yani "Kitap" kelimesi "hüküm" anlamındadır. Nitekim Allahu Teâlâ da şöyle buyurmuştur.

﴿ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ ﴾

"Allah'ın size emri budur." (Bunlar, Allah'ın üzerinize farz kıldığı hükümlerdir) (en-Nisâ 4/24)

Hayvanın doğumuna tanıklık

Ali (r.a.)'den, rivayet edilen şöyle bir olay vardır: Her biri bir katırın kendisine ait olduğunu iddia eden iki kişi ona geldi. Onlardan birisi tanık olarak beş kişi getirdi. Bu tanıklar katırın o kişinin elinde doğduğuna tanıklık ettiler. Diğeri de iki tanık getirdi. Onlar da katırın diğerinin elinde doğduğuna tanıklık ettiler. Ali (r.a.) çevresindeki insanlara dedi ki: "Siz bu konuda ne dersiniz?" Onlar da tanığı daha fazla olan lehine hüküm vermesini" söylediler. Ali (r.a.) da: "Belki iki tanık beş

---

[58] Vela hakkı, mirasçılığa neden olmaya elverişli bir hükmi yakınlıktır

[59] Abdurrezzak, *Musannef*, VII/248; Buhârî, Salât 70; Müslim, Itk 8; Tirmizî, Vesâyâ 8; Nesâî, Talâk 31; İbn Hibbân, *Sahih*, X/93.

[60] Buhârî, Buyû' 73; Müslim, İtk 8; Ebû Dâvûd, İtk 2; Tirmizî, Vasâyâ 7; Nesâî, Talak 31.

[61] Mükâtep köleler mükâtebe akdi yapıldıktan sonra rızaları alınmadan satılamazlar. Eğer köle satılmasına razı olursa bu takdirde satılabilirler.

tanıktan daha hayırlıdır" dedi. Sonra Ali (r.a.): "Bu konuda yargıya göre ve sulhla hüküm verebilirim. Size bunu haber vereyim. Sulha göre bu katırı tanıkların sayısına göre taraflar arasında paylaştırırım. Yargıya göre ise onlardan birisi yemin ederse katırı alır. Eğer ikisi de yemin edip çekişip dururlarsa bu durumda beş pay birisinin, iki pay da diğerinin olmak üzere aralarında kur'a çekerim. İşte kur'ada hangisinin payı çıkarsa ona ağırlaştırılmış (tekitli) yemin ettiririm ve o katırı alır" dedi.

Bu rivayet hayvanların birisinin elinde doğduğuna dair getirilen delilin geçerli olduğunu gösterir. Yine bu olay gösteriyor ki, Meselenin karışık olması durumunda hakim, Ali (r.a.)'in yaptığı gibi meclis arkadaşlarıyla danışması gerekir. Sonra onlar taraflardan tanığı fazla olan lehine hüküm vermeyi işaret ettiler. Çünkü tanıkların çokluğu bir yönüyle daha açık ve net bilgi vermektedir. Buna göre beş kişinin tanıklığının verdiği gönül rahatlığı iki tanığın verdiği rahatlıktan daha fazladır. Ali (r.a.)'nin bunu ret etmesi ise onun daha ayrıntılı ve incelikli düşünmesi nedeniyledir. O'na göre kalbin rahat olması, adalet düşüncesine itibarladır. Bu yüzden haberde doğru olan taraf tercih edilir. Mümkündür ki bu konuda iki tanık beş kişiden daha hayırlıdır. Ayrıca bir konuda çelişki olması durumunda tercih, nedenin çokluğuna göre değil nedenin kuvvetine göre yapılır. Ali (r.a.)'nin hükme bağladığı olayda beş ayrı tanık getiren kişi hakkında neden açısından sayısal bir fazlalık söz konusudur. Ancak her iki tanığın tanıklığı, hakkı ispat etme bakımından tam bir delildir. Tercih, başta hak sahibi birinin sabit olmadığı bir konuda söz konusudur. Başlangıçta hak sahibi olunduğunu ispat eden bir delil varsa tercih yoluna gidilmez. İşte Ali (r.a.) de bu yüzden tanığı daha fazla olan tarafı tercih etme yoluna gitmemiş ve şöyle demiştir; "bu konuda yargı ile ve sulh ile hüküm verilir. Bu da hükmün gereğinin dışında bir şekilde sulh ile hüküm vermenin câiz (meşru) olduğuna delildir. Dâvalının iddiayı kabul etmemesinden sonra iki taraf arasında sulh yapılması ise câizdir. Sonra Muhammed (rh.a.) sulhun ne şekilde (yapılacağını) açıkladı. Bu da malın aralarında tanıkların sayısına göre yedide beş pay birisine ve yedide iki pay diğerine olacak şekilde bölüştürülmesidir. Burada Ali (r.a.) sanki arkadaşlarının işaret ettiği zahir (açık) anlamı dikkate almıştır. Fakat bu hüküm her iki hasım tarafından kabul edilmedikçe esas alınmayacağından Ali (r.a.) buna sulh demiştir. Hakim kararı olarak ortaya çıkan sonuç ise katırın taraflardan birisine verilmesidir.

Ali (r.a.)'nin bu konudaki temel görüşü şöyledir: O, tanıkları bulunsa bile dâvacıya yemin ettirirdi. Hem tanığa hem de (hadis) ravisine yemin ettirirdi. Sanki o taraflardan birisinin yeminini, o taraf lehine hüküm vermek için tercih nedeni sayıyordu. Yani bir hak başlangıçta yeminle sabit olmamakla birlikte (taraflardan birisini) tercih nedeni olur. Tıpkı asabeliği (nesep) hak etme konusunda annenin yakınlığı (anne tarafından akraba olmanın da, tercih nedeni sayıldığı) gibi. Nitekim baba - anne bir erkek kardeş asabelik konusunda baba bir erkek kardeşe tercih

edilir. Çünkü asabelik başta (nesep) annenin yakınlığı yoluyla sabit olmasa da baba bir kardeşe karşı ana baba bir kardeşin asabeliğini güçlendirir.

Biz Hanefiler bu (hükmü) almıyoruz.

[20/139] Bize göre dâvacının yemini geçerli değildir. Bunu daha önce de açıklamıştık. Nitekim Ali (r.a.)'nin: Eğer ikisi de yemin edip çekişip dururlarsa beş pay birisinin iki pay da diğerinin olmak üzere aralarında kur'a çekerim" şeklindeki sözü onun sulh yoluna döndüğünü gösterir. Şâfiî (rh.a.) bu rivayeti, mülkiyet dâvalarında delillerin çelişmesi durumunda kura çekmenin gerektiğine delil olarak kullanmıştır.

Biz bu (hükmü) de almayız. Çünkü bize göre bu (hükümde) kumar anlamı vardır. Bunda bir hakkın ortaya çıkması kur'anın çıkmasına bağlanmıştır. Bize göre kur'a, ancak kur'a çekmeden de bitirilebilecek meselelerde kullanılır. Bunu "Taksim Bölümü"nde açıklamıştık.

Bize göre bu olayda, delilleri eşit olduğu için taraflar arasında yarı yarıya olacak şekilde hüküm verilir. Bunu da "Dâva Bölümü"nde belirtmiştik. Orada esas alınması gereken, Ali (r.a.)'nin, sözünden daha kuvvetli rivayet ve açıklamalara değinmiştik. O tek kaldığı bu görüşünü "delili bulunsa bile dâvacının yemin etmesi gerektiği" şeklindeki kural üzerine kurmuştur. İcmaı ümmet ise bunun aksine olarak meydana gelmiştir.
Allah doğruyu daha iyi bilir.

TAŞINMAZ MAL ÜZERİNE YAPILAN SULH AKDİ

Sulh çeşitleri

Bir kimse başka birisinin fiili zilyetliğinde bulunan bir evin kendisine ait olduğunu iddia ederken, karşı taraf bunu inkar eder ve daha sonra iddia sahibiyle belirli miktarda dirhem veya dinar karşılığı sulh akdi yaparsa bu câizdir.

Öncelikle şu hususun bilinmesi gerekmektedir: Hanefilere göre; sulh akdi üç çeşittir:

a) İkrardan sonra yapılan sulh akdi,

b) İnkardan sonra yapılan sulh akdi,

c) Dâvalı tarafın inkar ve ikrar gibi herhangi bir açıklamada bulunmaksızın susmasından sonra yaptığı sulh akdi.

İkrardan sonra sulh yapmak câizdir.

İbn Ebû Leyla konuyla ilgili olarak şunları söylemektedir: "İkrardan sonra olan ve herhangi bir açıklamada bulunmaksızın susarak yapılan sulh akdi câizdir. Ama inkar edip sonra yapılan sulh akdi câiz değildir."

Şâfiî (rh.a.) ise şöyle demektedir; "İkrarla birlikte olan sulh câizdir. Ancak inkarla birlikte olan ve susmadan sonra yapılan sulh akdi câiz değildir".

İnkardan sonra sulh yapmanın hükmü

Şeyh Ebû Mansur el-Maturidi (rh.a.) ise; " Müslümanlar arasına kin ve düşmanlığın sokulması noktasında, inkar üzerine sulh akdini geçersiz kabul edenlerin yaptığını şeytan bile yapmamıştır. Çünkü sulh akdinin geçersiz kabul edilmesi durumunda insanlar arasındaki çekişmeler uzayıp devam edecektir" demektedir. Ancak biz bu görüşü kabul etmiyoruz. Çünkü böyle bir sulh akdini kabul etmeyenler, haram ve rüşvetten korunmak amacıyla ihtiyati olarak bu yola başvurmuşlardır. Ameller ise bilindiği gibi niyetlere göre değerlendirilir. Bu noktada biz Ebû Hanîfe'nin dediği: " Sulh akdinin en câiz olanı, inkardan sonra yapılanıdır" deriz.

Şâfiî (rh.a.) ise yukarıdaki görüşünü şu âyete dayandırmıştır:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾

"Ey iman edenler, karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması durumu müstesna mallarınızı batıl (haksız ve haram yollar)la arasında alıp vererek yemeyin." (en-Nisâ, 4/29)

İnkardan sonra olan sulh akdi ancak karşılıklı rızaya dayanan ticari bir faaliyet sonucunda olur. Bu da dâvacının, dâva konusu olan şey üzerindeki mülkiyetinin sabit olması esasına dayanır. Ancak dâvalının inkar etmesi durumunda sadece böyle bir iddia nedeniyle söz konusu mülkiyet sabit olmaz. Aksi durumda haksız bir yolla başkasının malını yemek söz konusu olur. İşte bu meselede de aynı gerekçe vardır. Çünkü burada rüşvet yoluyla bu mal alınmış olacaktır. Rüşvet ise haramdır. Sulh akdine dayanarak haramı helal kılmak da mümkün değildir. Şâfiî (rh.a.) bu görüşünü "şuf'a hakkı sahibinin, bu hakkından vazgeçmek üzere alıcı ile mal karşılığı sulh akdi yapmasına" veya " katilin inkar etmekle birlikte, maktulun velisi ile ona verdiği mala karşılık başka bir şey vermek üzere sulh akdi yapmasına" ya da " nesebi belli bir kimsenin mal karşılığında, kendisini köleleştirmesi için yine kendisinin köleliğini iddia eden birisiyle sulh akdi yapmasına" kıyas etmiştir. [20/140]

Sulhda sulh bedelinin karşılığı

Bu hükümlerin gerekçesi şu şekilde açıklanabilir: "Sulh bedeli; ya malın ya dâva ve çekişmenin, ya da yeminin karşılığıdır." Bu bakımdan iddia konusu şeyin karşılığı olamaz. Çünkü sadece soyut bir iddia nedeniyle dâvacının, dâva konusu şey üzerinde mülkiyeti sabit olmaz. Nitekim Peygamber (s.a.v.) de şöyle buyurmuştur:

لو أُعطي النَّاسُ بدعواهم لادَّعى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالَهم و لكنَّ اليمينَ على المُدَّعى عليه

"İnsanlara sadece iddiaları dolayısıyla bir şey verilecek olsaydı bir kısım insanlar başkalarının canı ve malı konusunda iddiada bulunurlardı. Ama (bunu önlemek için) davalı taraf yemin etmekle sorumlu tutulur."[62]

Şâfiî (rh.a.)'ye karşı delil şudur: Sulh bedelinin birisi tarafından hak edilmesi durumunda, dâva konusu malın geri alınmasının mümkün olmayıp sadece dâvanın yeniden incelenecek duruma gelmesi/dâvanın başına dönülmesi de bunu gösterir. Çünkü bu mal, iddia konusu şeyin karşılığı olsaydı ikrardan sonra yapılan sulh akdindeki gibi hak edilmesi durumunda geri alınması da mümkün olurdu.

Sulh akdinde dâva konusu olan mal bir ev olsaydı, bu taşınmaza komşu olan kimsenin şuf'a hakkı olmazdı.

Veya mal, dâva konusu şey ile dâvalaşmanın bedeli olsaydı, bunlar bir mal olmadığı için bir malı bunlara karşılık yapmak câiz olmazdı. Ayrıca dâva konusu malın alınması sadece dâva / iddia dolayısıyla hak edilmediği gibi sulh yoluyla da hak edilmez.

Yeminden bedel olması da câiz değildir.

Çünkü yemin husumeti / dâvayı bitirmek üzere konulmuştur. Emanet konusu malı verdiğini veya bu malın telef olduğunu iddia eden emanetçinin durumunda olduğu gibi, yemine karşılık bedel olarak mal verilmesi câiz olmaz. Nitekim böyle bir iddiada bulunan emanetçinin sözü yemin etmesi koşuluyla kabul edilir. Şayet bu kişi yeminden vazgeçme karşılığında (mal vererek) geçersiz olan böyle bir yolla sulh akdi yaparsa; dâvalının, dâvacı tarafından maruz bırakılabileceği çeşitli problem ve sıkıntıları ortadan kaldırmak için bu malı karşı tarafa verdiğini; dâvacının ise delili bulunmaksızın onunla dâvalaşmaktan kaçınmak amacıyla bu malı aldığını anlarız. Ancak delili bulunmayan bir dâvalaşma dinen zulümdür. Haksızlık yapmama (zulümden kaçınmak) karşılığında mal almak ise bir rüşvettir. Bu ise haramdır. Bu haramlık hükmünü Peygamber (s.a.v.)'in şu hadisleri ortaya koymaktadır;

اَلرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي فِي النَّار

"Rüşvet veren de alan da cehennemdedir."[63]

لَعَنَ اللهُ الرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي وَالرَّائِش

"Rüşvet verene, alana ve rüşvete aracılık edene Allah lanet etsin."[64]

---

[62] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/363; Buhârî, Tefsir/Âl-i İmrân 3; Müslim, Akdiye 1; İbn Mâce, Ahkâm 7; İbn Hibbân, *Sahih*, XI/476; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, XI/117.

[63] Taberânî, *el-Mu'cemü'l-evsât*, II/296; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, IV/359; Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, VI/178.

[64] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/279; Hâkim, *Müstedrek*, IV/115; Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, V/838.

İbn Ebû Leyla da buna yakın bir delillendirme yoluna başvurmuştur. Ancak ona göre "Dâvalı inkar ederek karşı çıkmadığı sürece dâva konusu şey sadece iddia dolayısıyla dâvacının hakkı olur." Görmez misin dâvalı taraf, dâvacı ile mücadele / tartışma yoluna başvurmazsa dâvacının iddia ettiği şeyi alması mümkün olmaktadır. Çünkü iddia yalan veya doğru olma olasılığı bulunan bir haberdir. Ancak kişinin hem dînî hem de aklının doğruluğa çağırması ve yalanı yasaklaması dolayısıyla burada doğru olma olasılığı tercih edilir. Bununla birlikte dâvalı tarafın bu iddiayı inkar ederek karşı çıkması da doğru veya yalan olma olasılığı taşımaktadır. İşte bir karşı çıkış gerçekleştiği için dâvacı tarafın iddiası, delillerle / tanıklarla desteklenerek bir tercih nedeni doğmadığı sürece iddia konusu malı hak etmeyi gerektirecek gücü yitirir.

Dâvalı taraf susar ve herhangi bir beyanda bulunmazsa karşı çıkan birisi de yok demektir. Bu bakımdan dâvacının iddiası "hak etme (istihkak)" noktasında dikkate alınır. İşte bu yüzden böyle bir durumda sulh akdi yapmak câizdir. Ancak dâvalının inkar ederek karşı çıkması durumunda söz konusu iddia, "hak etmeyi gerektiren neden" olma özelliğini yitirir. İşte bu durumda sulh yoluyla malın alınması rüşvet olur.

Bizim Hanefi mezhebine mensup âlimlerimiz (rh.a.) ise Allahu Teâlâ'nın ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ "sulh ise daha hayırlıdır" (en-Nisâ 4/128) âyetinin açık ifadesine dayanarak hüküm çıkarmışlardır. Bu âyetteki ifadeye "ikrar durumunda" kaydını getirmek ise âyete ilavede bulunmak (ziyade ale'n-nass) anlamına gelir. Bunun gerçekleşmesini şu şekilde açıklayabiliriz: Dâvacı belli bir malın (ayn) kendisine ait olduğunu iddia etmesi noktasında karşıt iki taraftan birisidir. Dâvacının, sulh yoluyla karşı taraftan mal alması câiz olduğu gibi dâvalının alması da câizdir. Nitekim belli bir malı, dâvacıya mal karşılığı vermek üzere tarafların sulh akdi yapması ittifakla câiz kabul edilmiştir. Çünkü taraflardan her biri söz konusu malın kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Kendisiyle ilgili olarak verdiği bu bilginin doğru olduğu varsayılır. Ancak taraflardan birisinin iddiası diğeri aleyhinde delil olmaz. Ayrıca dâvalı taraf sulh akdi sonucunda iddia konusu olan malı elinde bulundurması dolayısıyla değil, "bu mal benimdir ve ben söz konusu malı dâvacıya ondan alacağım bedel karşılığı veriyorum" şeklindeki ifadesi ile karşılık almıştır. Görmez misin emanetçi böyle bir ifade kullanmaksızın sadece malı elinde bulundurması nedeniyle emanet bırakan kişiden emanet konusu mala karşılık bedel alamaz. İşte dâvacı da dâvalı gibi böyle bir ifade kullanabilir. Buna göre dâvalının sulh akdi yaparak kullandığı ifade dolayısıyla mal alması câiz olduğu gibi, dâvacının alması da câizdir. İşte bu açıklamalar, alınan malın, alan kişi açısından dâva konusu şeyin bedeli olduğunu gösterir. Karşı taraf açısından dâva sona ermiş olsa bile böyle bir şey câizdir. Bu, özgür olduğunu ikrar ettiği bir köleyi satın alan kimsenin durumu gibidir. Bu durumda satış bedeli (semen) olarak verilen para, satıcı bakımından kölenin kuru mülkiyetinin karşılığı iken, alıcı açısından kölenin kurtulması için verilen bir

[20/141]

karşılıktır. Köle bu şekilde özgürlüğüne kavuşur. İşte incelediğimiz olay da bunun gibidir. Ayrıca inkar ile birlikte yapılan sulh akdi, bedel karşılığı ibra anlamını taşır. Bir kimsenin karşılıksız olarak yaptığı ibra geçerli olduğu gibi ikrardan sonra yapılan sulh akdinde olduğu gibi, bedel karşılığı ibra etmesi de geçerlidir. Bu hükmün gerekçesini şu şekilde açıklayabiliriz;

"Dâvacı, ister belirli bir mal (ayn) olsun ister zimmet borcu (deyn), dâva konusu şey üzerindeki hakkını düşürebilir. Daha sonra dâvalının bunu inkar etmesi karşı tarafın bedelsiz olarak yaptığı bu borçtan kurtarma (ibra) işleminin geçerliliğine engel oluşturmaz. Hatta dâvacı, karşı tarafı borcundan ibra ettiğini açıkladıktan sonra dâvalı borçlu olduğunu ikrar etse bile bu ibra işlemi geçerliliğini korur. Çünkü ibra, hakkın düşürülmesidir (iskat). İskat da hak sahibinin tek taraflı kullanımı ile tamamlanır. Karşı tarafın beyanının da dikkate alınması gereken kullanımlar teklif (icap) ve kabule ihtiyaç duyan mülkiyeti devir (temlik) akitleridir. Boşama (talak) ve köle özgür kılma gibi hakkın düşürülmesi (iskat) niteliğindeki kullanımlarda ise böyle bir şeye gerek yoktur. Çünkü düşürülen bir hak, yok sayılır. Bu durumda herhangi bir kimsenin mülkiyetine giren bir şey bulunmaz. İşte bu yüzden ibra, her ne kadar borçlu tarafın reddetmesiyle geçersiz duruma gelse de, borçlu kabul etmeden önce onu borcundan aklamak (ibra etmek) geçerlidir. Çünkü burada örtülü (zimnî) olarak mülkiyeti devretme özelliği bulunmaktadır. Ancak bu aslî değil tâbî unsurdur. Ama burada asıl amaçlanan dikkate alınması gereken hakkın düşürülmesidir (iskat). Bu düşürmenin geçerlilik koşulu ise söz konusu hakkın, bu hakkı düşüren kişi için sabit olmasıdır. Bu da o kişinin haber vermesiyle bilinir.

Dâvacının iddiası, iddia konusu şeyin karşı taraf aleyhine hak edilmesi için bir neden olarak kabul edilmemiştir. Ancak bu iddianın kendisiyle dâvacı, dâvalının cevap vermesi ve hazır bulunması yönünde bir hak kazanır. Bu iddiayı kabul etmeyip karşı çıktıktan sonra ise dâvacı lehine dâvalının yemin etmesi yönünde bir hak doğar. Resûlüllah (s.a.v.) da buna işaretle لكَ يمينُه "Senin ona yemin ettirme bir hakkın vardır"[65] buyurmuştur. Bu da göstermektedir ki gerek dâvalının iddiayı kabul etmeyip karşı çıkmasından önce, gerekse bu karşı cevaptan sonra dâvacının beyanının doğru olduğu tercih edilir. Ancak Peygamber (s.a.v.)'in: لَوْ أعطَى النَّاسَ بدعواهم " İnsanlara sadece iddiaları dolayısıyla bir şey verilecek olsaydı..."[66] şeklindeki hadisi dolayısıyla dâva konusu mal, sadece iddia nedeniyle dâvacıya verilmez. İşte dâvacı bakımından iddiasının doğru olduğu tercih edilince, hakkın da bu tarafta sabit olduğu ortaya çıkar. Bu bakımdan söz konusu hakkı düşürme yönünde kullanımda bulunma yetkisine sahiptir. Böyle bir hakkın düşürülmesine

---

[65] Müslim, İman 223; Ebû Dâvûd, Eymân ve'n-nüzûr 2; Tirmizî, Ahkam 12.

[66] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I/363; Buhârî, Tefsir/Âl-i İmrân 3; Müslim, Akdiye 1; İbn Mâce, Ahkâm 7; İbn Hibbân, *Sahih*, XI/476; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebîr*, XI/117.

karşılık bedel alınması ise ikrardan sonra sulh akdi yapma durumunda olduğu gibi câizdir. Buna göre dâvacı kendisi açısından sabit olan bir hakkı düşürmesine karşılık sulh yoluyla mal alabilmektedir. Dâvalı ise hiçbir şey almaz. Onun açısından hakkın ortaya çıkması koşul konulmaz.

Görmez misin koca, hanımı ile üçüncü bir kişinin ödeyeceği mal karşılığı muhâla'a (bedel karşılığı boşama) sözleşmesi yapsa veya kısas ettirme hakkına sahip olan kişi katil ile üçüncü bir kişinin ödeyeceği bir mal karşılığı sulh akdi yapsa, bu sözleşmeler geçerli olur. Bu mal, malı veren kişinin mülkiyetine hiçbir şey girmese de hakkın düşürülmesine karşılık bir bedel olarak hak edilir. [20/142]

Tüm bunlardan daha açık olanı ise yetkisiz temsilcinin (fuzûlî) sulh akdi yapmasıdır. Nitekim fuzûlî, dâvacıya " Dâvalı benim yanımda gizli olarak senin iddianda haklı olduğunu ikrar etti. Benimle şu kadar mal karşılığı sulh akdi yap" der ve sulh bedelini ödeyerek onunla sulh yaparsa bu akit ittifakla geçerlidir. Ancak buna rağmen söz konusu ikrar dolayısıyla dâvalının mal ödeme sorumlusu olmayacağı bellidir. Yalnız bu sulh, dâvalı bakımından değil dâvacı açısından hak ortaya çıktığı için borcu düşürme yoluyla geçerli olur. İşte dâvalı ile sulh yaptığı zaman da aynı şekilde hatta öncelikli olarak geçerli olacaktır. Çünkü bu sulh akdinden yararlanan taraf fuzûlî değil, dâvalıdır. Hakkın düşürülmesine karşılık verilecek bedeli ödeme yükümlüsü olması bakımından sulh akdinden yararlanan taraf, akitten yararlanmayan kişiye göre daha önceliklidir. Görmez misin bir kimse karısıyla bir mal karşılığı muhâla'a sözleşmesi yapsa, bu malı ödeme yükümlüsü kadın olur. Üçüncü bir kişinin ödeyeceği mal karşılığı yapılan muhâla'a sözleşmesi ise bundan farklıdır.

Fuzûlînin sulh akdı yapması

Fuzûlînin mülkiyetine bu sulh akdiyle hiçbir şey geçmediği halde, hakkın düşürülmesine karşılık olarak mal ödeme yükümlüsü olması yukarıdaki açıklamalarımızı pekiştirmektedir. Dâvalının iddiayı kabul etmemesi durumunda, sulh akdi ile hiçbir şeyi mülkiyetine geçiremeyip, iddianın düşürülmesine karşılık mal ödeme yükümlüsü olması da böyledir. Bizim Maverâu'n-nehir'de yaşayan bazı fakihlerimiz (rh.a.) konuyla ilgili olarak şunları söylemişlerdir: "Sulh bedeli, tıpkı başkasına ait olduğu itiraf olunan hak (mukarrun bih) gibi dâva konusu şeyin karşılığı olurken, dâvalı taraf sulh yoluna gittiği için bir hakkın başkasına ait olduğunu itiraf eden kişi (mukırr) gibi kabul edilir." Çünkü hakim, dâvalıya sanki şöyle diyecektir: "Seni sulh akdi yapmaya zorlayan etken nedir? Halbuki karşı tarafın sana haksızlık yapmasını engelleyebilmem için meseleyi bana getirme hakkın var. Ama sulh yolunu seçtiğin zaman onun iddia ettiği hakkın ona ait olduğunu itiraf etmiş gibi olursun." Ancak bu itiraf (ikrar), sulh akdi içinde örtülü (zımnî) olarak bulunmaktadır. Bu bakımdan üçüncü bir kişinin hak iddia etmesi (istihkak) nedeniyle sulh geçersiz olursa, bu akit içinde zımnî olarak bulunan ikrar da geçersiz olur. Buradaki hüküm bu yönüyle satım sözleşmesi içinde zımnî olarak

bulunan ve satım sözleşmesinin geçersiz olması nedeniyle geçersiz olan muhâbât (bir malı değerinden kayırmak suretiyle çok aşağı satmak) tarzındaki vasiyet işlemine benzer. Bu nedenle yeniden dâvanın başına dönülür. İşte sulh akdinin içinde zımnî olarak bulunduğundan bu ikrarın hükmü, sulh akdi dışında bir şeyde ortaya çıkmaz.

Şuf'a (ön alım) hakkını iddia etme hakkının kazanılması ise, bunun dışında bir hükümdür. Sulh akdinin fuzûlî ile yapılmasında olduğu gibi, bu hüküm dâvalı hakkında açığa çıkmaz.

Bazı âlimler ise "Dâvacı, dâva konusu şeyde bulunan hakkına karşılık olarak bu malı hak eder. Ama dâvacı, bu hakkı dâvalıdan istemektedir" demişlerdir. Çünkü yemin, dâvacı lehine dâvalı tarafında bir haktır. Bu bakımdan "kısas hakkı" gibi değerlendirilir. Nitekim alınacak mal karşılığı kısas hakkından vazgeçmek ve katili affetmek geçerli olduğu gibi yemin karşılığı malı feda etmek de geçerlidir. Muhammed (rh.a.) *"el-Câmiu's-Sağir"* adlı eserinde buna doğrudan işaretle şöyle demiştir: " On dirhem vererek yeminden kurtulmak câizdir." Huzeyfe (r.a.) ile ilgili olarak da böyle bir rivayet nakledilmiştir: "Birisi Huzeyfe'nin kendisine borcu bulunduğunu iddia ederek ondan yemin etmesini istemiş ve Huzeyfe ile aralarında şu konuşma geçmiştir. Huzeyfe:

Yemin etmemek için mal vermek

-Bana yemin teklif etme sana on dirhem vereyim.

-Hayır.

-Beni yeminle yükümlü tutma sana yirmi dirhem vereyim.

-Olmaz.

-Bana yemin ettirme sana otuz dirhem vereyim.

-Hayır, olmaz.

-Bana yemin teklif etme sana kırk dirhem vereyim.

Adam bunu da kabul etmeyince Huzeyfe (r.a.) yemin etti."

Bunun üzerine halk arasında şöyle bir söz yaygınlaştı: "Doğru olarak edilen yemin kırk dirheme satın alınır."

Emanet konusu malı geri verdiğini iddia eden emanetçi, yeminden kurtulmak için Muhammed (rh.a.)'e göre sulh akdi yapabilir. Ebû Yusuf (rh.a.) ise bunun câiz olmadığı görüşündedir. Çünkü ona göre emanetçi sadece "Malı geri verdim" demekle sorumluluktan kurtulur. Çünkü emanetçinin bunu söyleme yetkisini emanet verenden almıştır. Sadece töhmet endişesinin giderilmesi için yemin edilir. Görmez misin bu kişi yemin etmeden önce ölürse herhangi bir sorumluluğu olmaz. Burada yemin daha önce de açıkladığımız gibi dâvalı tarafına, dâvacı lehine tanınmış bir haktır. Çünkü malın telef edilmiş olması mümkündür. Bu bakımdan yemine karşılık bedel alınması câizdir. Bu da göstermektedir ki böyle bir şey

[20/143]

başkasının malını haksız yollarla yemek / tüketmek anlamına gelmez. Bu tür bir kullanım iki yoldan birisine göre, karşılıklı rızaya dayanan ticari bir faaliyettir. Bu da sulh akdi içinde zımnî olarak bulunan bir ikrardır.

Diğer yola göre ise karşılıklı rızaya dayanan ticari bir faaliyet olmadığı gibi başkasının malını haksız yollarla yemek de değildir. Burada bağış, sadaka gibi işlemlere benzeyen kayıtlı bir harcama söz konusudur.

Konuyla ilgili olarak biz Hanefilerle Şâfiî (rh.a.) arasındaki görüş ayrılığı temelde, "Belirli olmayan hakları bedel karşılığı aklamanın (ibra etmenin) câiz olup olmadığı" meselesine dayanır.

Belirli olmayan hakların bedel karşılığı ibrası

Böyle bir ibra Şâfiî'ye göre câiz değildir. Çünkü sulh akdi, mülkiyeti devretme özelliği daha yüksek olduğu için satım sözleşmesi gibidir. Satım konusu malın (mebî') bilinmemesi satış sözleşmesinin geçerliliğine engel oluşturduğu gibi sulh akdinde dâva konusu olan şeyin bilinmemesi de bu sözleşmenin geçerliliğini engeller.

Biz Hanefilere göre ise böyle bir ibra, bedelli olsun bedelsiz olsun câizdir. Bizim bu konuda dayandığımız delil şu rivayettir: Peygamber (s.a.v.), Halid b. Velid (r.a.)'i Beni Cüzeyme kabilesine savaşmak üzere değil davetçi olarak göndermişti. Ancak Halid (r.a.)'in yaptıklarını öğrenince Ali (r.a.)'ye bir miktar mal vererek " O kabileye git. Bu cahiliyye uygulamasını ayaklarının altına al, zarar gören herkese bu maldan ver ve zararlarını öde" dedi. Ali (r.a.) onlara gelip, bu kabilenin köpeklerini besledikleri kaba varıncaya kadar her şeyi ödedi. Buna rağmen elinde biraz mal kaldı ve "Gerek sizlerin gerekse Resûlüllah (s.a.v.)'ın bilmediği bazı şeylere karşılık bunu da size bırakıyorum" dedi. Sonra Resûlüllah (s.a.v.)'ın yanına gelerek bunu ona anlattı. O (s.a.v.) da:

أصبت وأحسنت

"Doğru ve güzel olanı yapmışsın"[67] buyurdu. İşte bu rivayet, bedel karşılığı bilinmeyen hakları ibra etmenin câiz olduğunu ortaya koymaktadır.

Resûlüllah (s.a.v.) birbiriyle dâvalaşan iki kişiye:

اذْهَبَا تَحَرَّيَا وأَقْرِعَا و تَوَخَّيَا و استَهِمَا ثُمَّ لِيَحْلِلْ كُلُّ واحِدٍ مِنْكُمَا صاحِبَهُ

"Gidiniz araştırınız ve istediğiniz payın size çıkmasını arzulayarak kura çekiniz ve bu malı bölüşünüz. Sonra da helalleşiniz"[68] buyurdu.

İşte bu da belirli olmayan bir hakkı ibra etmek anlamına gelir. "Belirli olmama (cehalet)" durumunun bazen etkili olması da söylediklerimize delil oluşturur.

---

[67] İbn Mâce, Ahkam 18; Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, V/1006.

[68] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/541; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI/320; Hakim, *Müstedrek*, IV/107; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VI/66.

Çünkü "belirli olmama" özelliği "teslim etme" unsuruna engel oluşturmaz. Sulh akdinde iddia konusu olan şeyin (musâlah anh) teslim edilmesine ihtiyaç duyulmaz. Bu konudaki belirsizlik sulh akdinin geçerliliğini engelleyici nitelik taşımaz.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin "Sulh akitleri içinde en câiz olanı inkar üzerine yapılanıdır" şeklindeki sözünü kimi insanlar eleştirmiş ve şöyle demişlerdir: "İnkar üzerine sulh akdi yapma konusunda çok açık bir şekilde farklı görüşler bulunmaktadır. Buna rağmen hakkında farklı görüşler ileri sürülen bir mesele, üzerinde ittifak edilen bir konudan nasıl daha câiz olabilir ?"

Ancak biz şöyle diyoruz ;

a) Buradaki "daha câizdir" ifadesini "daha geçerli ve bağlayıcıdır" şeklinde anlayabiliriz. Çünkü ikrardan sonra yapılan sulh akdini bozan bazı nedenler inkardan sonra gerçekleştirilen sulh akdini bozmayabilir.

b) Bu söz "insanlar arasında en yaygın olan uygulama tarzı budur" anlamına da gelebilir. Çünkü ikrar gerçekleştiği zaman dâvacı hakkını tam olarak alacaktır. Bu bakımdan ikrar durumunda sulh akdine gerek duyulmazken, inkar durumunda ise dâvacının hiç olmazsa hakkının bir kısmına ulaşabilmesi için sulh akdine ihtiyaç duyulur.

c) Bu sözü "Sulh akdinin sonuç ve yararı çekişmenin ortadan kaldırılmasıdır. Bu husus ise inkar durumunda daha belirgin olur" şeklinde anlayabiliriz. Çünkü ikrar durumunda taraflar arasındaki çekişme artık devam etmez, kesilir. Sonucu yarar veren bir akit ise, sonucu yarar vermeyen bir akde göre cevaz hükmüne daha yakındır.

[20/144]

d) İkrar üzerine yapılan bir sulh akdi, malın mülkiyetini yine bir mal karşılığı devretmektir. Böyle bir işlem ise satım sözleşmesi sayılır. Halbuki incelemekte olduğumuz akdin özel bir ismi vardır. Bu nedenle kendine özgü bir hükmünün olması gerekir. Bu hüküm ise inkarla birlikte olan sulh akdinin kesinlikle câiz olmasıdır.

İşte Ebû Hanîfe (rh.a.)'den nakledilen sözün anlamı budur.

Sulh akdinin hukukî sonuçları

Yine bilinmesi gereken bir husus da sulh bedelinin, satım sözleşmesindeki bedel gibi dâvacı açısından iddia konusu şeyin karşılığı olmasıdır. Bu bakımdan "Satım Sözleşmesi (bey')" konusunda açıkladığımız gibi, satım sözleşmesinde bedel olabilen her şey sulh bedeli de olabilir. Sulh bedelinin teslim alınması (kabz) gerekli olduğu gibi taraflar arasında anlaşmazlık kalmayacak şekilde belirlenip bildirilmesi de gerekir. Bu yüzden sulh akdinde, canlı bir varlık (hayvan) zimmet borcu olmadığı gibi, kumaş da ancak nitelikleri belirlenerek vâdeli bir şekilde zimmet borcu olarak sabit olur. Satım sözleşmesinde olduğu gibi eğer sulh bedeli belli bir mal (ayn) ise vâdeye bağlanması câiz değildir.

Ayrıca sulh akdi, ikinci derecede (fer'i) bir akittir. Asıl olan benzeri akitlere kıyaslanır. Bu nedenle zimmetteki bir borç için sulh yapılmışsa bunun hükmü, satım sözleşmesindeki yeminin hükmü gibidir. Ama zimmet borcu dışında bir şeyden dolayı yapılmışsa uygulanacak hüküm, satım sözleşmesi hükmüdür. Bu bedel bir yararlanma (menfaat) ise bu durumda geçerli olan hüküm kira-hizmet sözleşmesinin hükmüdür. Buna göre kira sözleşmesi ile hak edilmesi câiz olan her yarar, sulh akdiyle de kazanılabilir. Kira akdi ile elde edilmeyen yararlar sulh akdi ile de kazanılmaz. Bu bakımdan bir kimsenin sulh bedeli olarak belli bir taşınmazda kalmayı belirli bir süreye kadar devrederek sulh akdi yapması câiz iken "devamlı olarak veya ölene kadar" deyip yaptığı sulh akdi câiz değildir. Yine karşısındaki kişiye ait belli bir araziyi ekmeyi belirli bir süre için üstlenerek yaptığı sulh akdi câiz iken süre belirlemeden yaptığı sulh akdi, kira sözleşmesinde olduğu gibi câiz değildir.

Kamuya ait bir hakka karşılık sulh yapmak

Bir kimsenin genel yola açılan bir gölgeliği (balkonu / cumbayı) veya genel yolda bulunan bir kirişi olsa ve başka birisi de bunları ortadan kaldırmak amacıyla onunla dâvalaşsa bunun üzerine gölgelik sahibi onunla on dirhem karşılığı sulh akdi yapsa, bu akit geçersiz olur. Ama dilediği zaman yıkım konusunda onu dâva edebilir.

Kamuya ait yola taşan balkon yapmak

Çünkü genel yol üzerinde bütün Müslümanların hakkı bulunmaktadır. Bu bakımdan söz konusu hakka karşılık içlerinden sadece birisinin bedel alması mümkün değildir. Ayrıca gölgelik sahibi bu sulh akdiyle ikrar hakkı kazanmaz. Çünkü her Müslümanın yıkım konusunda karşı tarafı dâva etme hakkı bulunmaktadır. Dâvayı açan kişi ise bunu bir bağış görevi olarak yapar. Halbuki sulh yaparsa kamu düzenini sağlamak, korumak (hisbe) görevini terk etmiş olacağından rüşvet almış olur. Böyle bir şey ise haramdır. Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin kabul ettiği temel kurala göre "Her Müslümanın genel yol üzerine gölgelik kurulmasını önleme hak ve yetkisi bulunduğu gibi, kurulduktan sonra kaldırılmasını isteme hakkı da vardır. Bu gölgeliğin zarar verip vermemesi arasında fark yoktur:" Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) böyle bir gölgeliğin zararlı olması durumunda aynı hükmü vermişlerdir. Ancak onlara göre; "ortada bir zarar yoksa her Müslümanın gölgeliği kurulma aşamasında önleme hakkı bulunmasına rağmen kurulduktan sonra kaldırılması için ona dâva açma hakkı yoktur. Çünkü böyle bir dâva açan kişi Müslümanlardan bir zararı giderme amacı değil, gölgelik sahibine zarar verme amacını gütmektedirler." Ebû Yusuf (rh.a.)'un "böyle bir gölgelik kurulduktan sonra kaldırılamayacağı gibi herhangi bir zararı olmayacaksa kurulma aşamasında da engellenmez" dediği nakledilmiştir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şöyle demiştir: "Yol, bütün insanların ortak malıdır. Bu bakımdan herkes özel bir yolda ortak olan kişiler gibi değerlendirilir. İşte gerek

engelleme gerekse kaldırma hakkının doğması noktasında zarar unsuru özel yolda dikkate alınmadığı gibi, genel yolda da dikkate alınmaz."

Böyle bir gölgelik çıkmaz bir sokakta bulunsa ve o sokaktaki sakinlerden birisi gölgelik sahibiyle belirli miktarda dirhem karşılığı sulh akdi yapsa bu câiz olur.

[20/145]

Çünkü aynı yolu kullanan kişilerin ortaklığı bir mülk ortaklığıdır (şirket-i mülk)[69]. Zaten bu yüzden bu tarz ortaklığı bulunan kişiler şuf'a hakkına da sahip olurlar. Bu olayda sulh akdi yapan kişi kendi payını gölge sahibine devretmiştir. Bir kimsenin kendi mülkiyetinde bulunan bir şeyi bedel karşılığı başkasına devretmesi ise geçerlidir.

"Bu sulh akdi sonucunda gölgelik sahibinin herhangi bir kazancı olmamaktadır. Çünkü diğer ortakların da yol konusunda ona dâva açma hakları bulunmaktadır." denecek olursa şu cevabı verebiliriz: "Hayır, durum sizin söylediğiniz gibi değildir. Aksine gölgelik sahibi, diğer ortaklarla da sulh akdi yaptığı zaman artık onların yolla ilgili olarak kendisine dâva açma haklarının kalmaması yönünde bir kazanç sağlar. Çünkü söz konusu kişi bu şekilde kendisiyle sulh akdi yapan kişinin payına sahip olur. Bu yol üzerine gölgelik kurabilme noktasında diğer mirasçılar gibi olur. Hatta ortakları razı olursa bu gölgeliği iyice yerleştirme hakkı da kazanır.

Mütekaddimûn[70] dönemi âlimlerimizden birisi şöyle demiştir: "Yukarıda hükmü açıklanan meselenin yorumu şu şekildedir: "Gölgelikle ilgili hüküm yolda bulunduğu konuma göredir. Bu konuda sulh akdi yapan kişi, binanın yol üzerinde kurulduğu yerde bulunan payını devretmiş olur. Bu câizdir. Ama böyle değilse câiz olmaması gerekir. Çünkü bu durumda yolun yerdeki payını değil yolun üzerinde bulunan hava boşluğundaki payını temlik etmiş olur. Halbuki hava boşluğunun bedel karşılığı devredilmesi câiz değildir."

Ancak yukarıda açıkladığımız ilk görüş daha doğrudur. Çünkü özel yolun hava boşluğu da, yolun aslı / yer kısmı gibi oradan yararlananlar arasında ortaktır. Bu bakımdan yolun hava boşluğu kısmındaki payı üzerinde bulunan hakkını bedel karşılığı düşürmesi geçerli olduğu gibi bedelsiz olarak düşürmesi de geçerlidir.

Gölgelik sahibi ile bu gölgeliği yoldan kaldırması için yüz dirhem karşılığı sulh akdi yapmak câizdir.

Çünkü böyle bir işlem o yoldan yararlananlar için birtakım yararlar taşımaktadır. Bu durumda maldan yararlanan kişi, (kendisine ait bir haktan vazgeçerek) onların yolu üzerinde bulunan bir engeli ortadan kaldırmak suretiyle

---

[69] **Şirket-i mülk:** Bir malın mülk edinme yollarından biriyle birden fazla kimseye ait olmasıdır.

[70] Şemsu'l-eimme el-Halvânî (448/1050) den Hafizuddîn el-Buhârî'ye (693) kadar olan fakihlere Müteahhirûn denilir. (el-Fevâidu'l-Behiyye sh.241) Mütekaddimûn, Halvânî'den h.448 m.1050 tarihinden önceki âlimler.

onlara yarar sağlayacak şekilde bir sulh akdi yapmaktadır. Böyle bir sulh akdi ise câizdir. Bu hükmün yorumunu şu şekilde yapabiliriz: Bu gölgelik, yol üzerinde bulunan bir binanın üstüne kurulmuştur ve gölgelik sahibi bunun kendisine ait olduğunu veya bu gölgeliği meşru bir nedene dayanarak kurduğunu ve devamlı kılma hakkının bulunduğunu iddia etmektedir. Ancak inkar üzerine yaptığı sulh akdi yoluyla mal aldığı için bu hakkı düşmüştür. Ortaklardan birisinin hem kendisi hem de diğer arkadaşları adına bağış yoluyla böyle bir işlem yapması ise yetkisiz temsilcinin (fuzûlînin) yaptığı sulhta olduğu gibi geçerlidir.

Başka birisinin elinde bulunan evin kendisine ait olduğunu iddia eden bir kimse bu eve karşılık belli bir kölenin bir ay süreyle o kişiye hizmet etmesi karşılığında evi elinde bulunduran kişiyle sulh akdi yaparsa bu akit geçerli olur.

Çünkü sulh bedeli hem belirlenmiştir, hem de teslim edilebilir niteliktedir.

Ancak köle henüz hizmet görevini yapmadan önce ölürse, sulh bedelinin ortadan kalkması dolayısıyla sulh akdi de geçersiz duruma gelir. İşte bu durumda başka bir bedel de öngörülmediği için dâva yeniden görülüp hükme bağlanır.

Köle on beş gün hizmet ettikten sonra ölürse, evin kendisine ait olduğunu iddia eden tarafın iddiası yarı oranda devam eder. Burada parça bütüne kıyaslanır.

Üçüncü bir kişi köleyi öldürürse Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre sulh akdi geçersiz duruma gelmez. Ancak dâvacının şu şıklardan birisini seçme hakkı (muhayyerlik) bulunur:

a)Sulh akdini bozup dâvanın yeniden görülmesini sağlamak.

b)Sulh akdini devam ettirip ölen kölenin değerinde yeni bir köle alarak karşı tarafa hizmet etmesini sağlamak.

Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Bu sulh akdi artık geçersiz olur."

Muhammed (rh.a.)'in görüşünün delili şudur: "Yarar üzerine yapılan sulh akdi, kira-hizmet sözleşmesi (icâre) gibi değerlendirilir. Hizmet etmek üzere efendisinden kiralanan köle öldürüldüğü zaman bu kira-hizmet sözleşmesi geçersiz duruma geldiği gibi, hizmeti sulh bedeli olarak belirlenen köle öldürüldüğü zaman da sulh akdi geçersiz olur. Çünkü sulh akdi yapan tarafın hakkı bu kölenin yararı üzerindedir. Katilin, öldürme nedeniyle ödemesi gereken tazminat ise kölenin kuru mülkiyetinin (ayn) bedelidir. Yararının bedeli değildir. Buna göre akit konusu, başka bir bedele dönüşme olmaksızın ortadan kalkmış olur. Bu, kölenin ölmesine benzer. Ayrıca sulh akdi, bozulması mümkün olan akitlerdendir. Dâvayı baştan ele alarak dâvacının zarar görmesini önlemek mümkündür. Bu bakımdan vasiyetin aksine sulh akdinin yerine getirilmesini sağlamak için, kuru mülkiyetin bedelini, yararın bedeli yerine geçirmeye gerek yoktur. Hizmeti vasiyet edilen köle öldürüldüğünde ise vasiyet geçersiz duruma gelmez. Çünkü burada kendisi için vasiyet edilen kişinin (mûsâ lehin) uğrayacağı zararı, kölenin bedelini ona geri [20/146]

vermek suretiyle önlemek mümkün değildir. İşte bu durumda zorunlu olarak kuru mülkiyetin bedelini, yararın bedeli yerine geçirdik. Ayrıca köle bir yönüyle vasiyet konusudur (mûsâ bih). Bu yüzden ölene ait malvarlığının üçte biri dışında kalması göz önünde bulundurulur.

Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedir: " Sulh akdini yapan kişi malın aslını mülkiyetine geçirmenin câiz olduğu bir akitle, o malın yararını mülkiyetine almıştır. Dolayısıyla malın aslı telef olup, onun yerine bedeli geçerse sulh akdi geçersiz duruma gelmez. Nitekim hizmeti vasiyet edildikten sonra köle öldürülecek olursa yapılmış olan vasiyet geçersiz duruma gelmemektedir. Bu durumda kira-hizmet sözleşmesinin (icârenin) aksine ölen kölenin değeri ile başka bir köle alınarak kendisi için vasiyet edilen kişiye hizmet etmesi sağlanır. Çünkü kira-hizmet sözleşmesi malın aslı üzerinde mülkiyet doğurmayacak şekilde sadece malın yararına malik olmayı sağlayan bir akittir. Bu bakımdan burada söz konusu akdin hükümlerine dayanarak hak etme noktasında malın aslının bedelini, yararının bedeli yerine geçirmek mümkün değildir. Eğer sözleşme, malın aslı üzerinde de mülkiyet doğuracak bir akit ise, bu durumda sözleşmeyi uygulama noktasında malın aslının bedelini, yararının bedeli yerine geçirmek mümkündür.

Ayrıca inkar üzerine yapılan sulh akdi vasiyet anlamı taşımaktadır. Çünkü burada vasiyette olduğu gibi yararın elde edilmesiyle yine bu yararın karşılığında kira-hizmet sözleşmesinin aksine bir bedel bulunmamaktadır. "Bu nasıl doğru olabilir? Çünkü burada sulh akdi yapan kişi köleyi bir başkasına kiralama yetkisine sahiptir. Halbuki hizmet konusunda, lehine vasiyet edilen söz konusu köleyi başka birisine kiralama yetkisine sahip değildir" denecek olursa şu cevabı verebiliriz: "Böyle bir yetkiye sahiptir. Çünkü inkar üzerine yapılan sulh akdi dâvacının zannına dayanır. O burada yararı bir bedel karşılığı devrettiğini zannetmektedir. Halbuki inkar üzerine yapılan sulh akdi mufâvada[71] akdi gibidir. Bu bakımdan söz konusu akit sonucunda yarar üzerinde mülkiyet kurulduğu zaman, elde edilmesiyle bedel ödeme sorumluluğu doğmasa bile, o yarar bir başkasına kiraya da verilebilir. Nitekim muhâla'a[72] ve nikah akitleri ile kısas cezasını düşürme karşılığı yapılan sulh akdi sonucunda elde edilen yararın hükmü de böyledir.

Bu açıklamaları şu şekilde genişletmemiz mümkündür: Bu akit, bir bedel karşılığı yarara malik olma bakımından kira-hizmet sözleşmesine, yararın elde edilmesi sonucunda bedel ödeme sorumluluğunun doğmaması bakımından da vasiyete benzer. İcâreye benzediği için, yarara sahip olan onu başkasına kiraya verebilir. Vasiyete benzemesi bakımından şöyle dedik: "Bu kölenin öldürülmesiyle

---

[71] Mutlak eşitlik esasına dayanan, ortakların birbirinin hem vekili hem de kefili sayıldığı ortaklık türü.

[72] **Hul' /الخلع (Muhâlaa / المخالعة) :** Nikah mülkiyetini kadının kabulüne bağlı olarak ortadan kaldırmaktır. Hanım tarafından kocaya verilecek bir bedel veya hanımın mehirden vazgeçmesi karşılığında tarafların rızası ile gerçekleştirilen boşanmadır.

sulh akdi geçersiz duruma gelmez, kölenin değeri kuru mülkiyetinin yerine geçer. Çünkü bu akit sonucunda hedeflenen amaç taraflar arasındaki çekişmenin sona ermesidir. Bu amacı sağlamaya çalışmak ise çekişmenin sürmesi durumunda birçok olumsuzluklar çıkacağı için, gerek başlangıçta gerekse sonraki aşamalarda imkân ölçüsünde yapılması gereken bir görevdir.

Ebû Yusuf (rh.a.), burada henüz sorumluluğunu üstlenerek göreceği zararlara katlanma yetkisi kazanmadığı bir malda değişiklik meydana geldiği için dâvacıya muhayyerlik hakkı tanımıştır. Çünkü hakkını tam olarak almadıkça, yarar, söz konusu kişinin sorumluluğuna girmez. Buna göre katil eğer dâvacı taraf olsaydı yine kölenin değerini karşılamakla sorumlu olacaktı. Çünkü her ne kadar kölenin sahibi o olsa da sulh akdini yapan taraf artık köle üzerinde ondan daha fazla hak sahibi olmuştur. Bu hak da öldürme dolayısıyla kölenin değerini katilden almaktır. Bu noktada köle sahibi Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre diğer üçüncü kişiler gibidir. Nitekim rehin veren kimse rehin olarak bırakılan köleyi öldürürse veya mirasçı, hizmeti vasiyet edilen köleyi öldürürse yine aynı hüküm uygulanır.

Sulh akdini yapan kişinin köleyi öldürmesiyle ilgili olarak da aynı görüş ayrılığı vardır. Çünkü bu kişi kölenin kuru mülkiyeti bakımından üçüncü bir kişidir. Dolayısıyla başka birisi köleyi öldürdüğü zaman gerekli olan kölenin değerini ödeme sorumluluğu onun için de geçerlidir. Ancak bizim meşayıhımız (fakihlerimiz),[73] Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşünü temel alarak düşündükleri zaman sulh akdini yapan kişi için muhayyerlik hakkının tanınıp tanınmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bazıları, köleyi üçüncü bir kişinin öldürmesi durumunda olduğu gibi burada da muhayyerlik hakkının doğacağını söylemişlerdir. Ancak (Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşüne daha uygun olanı) bu hakkın sabit olmamasıdır. Çünkü bu durumda meydana gelen değişiklik onun eylemi sonucunda doğmuştur ve şüphesiz yaptığı bu eyleme de razıdır. İşte bu Ebû Yusuf (rh.a.)'un kabul ettiği temel kurala göre doğrudur. Nitekim o şöyle demiştir: "Satıcı, sattığı mal alıcının elinde iken bu mala karşı zarar verici bir fiil işlerse muhayyerlik hakkı doğmaz." İşte Ebû Yusuf (rh.a.)'un kabul ettiği ana kurala göre burada zarar verici fiili üçüncü bir kişinin işlemesinin aksine alıcının muhayyerlik hakkı düşmez. Buna göre dâvalı ile belirli bir elbiseyi bir ay süreyle giyinmesi veya belirli bir binek hayvanını Bağdat'a kadar kullanması karşılığında sulh akdi yaparsa, bu durumda sağlanacak yararların kira-hizmet sözleşmesi ve vasiyet yoluyla devredilmesi câiz olduğu gibi, sulh akdi yoluyla verilmesi de câizdir. [20/147]

Bir malın yararı üzerine sulh yapmak

Dâvacı veya dâvalı yararın yarısı elde edildikten sonra ölürse Muhammed (rh.a.)'e göre sulh akdi kalan miktarda bozulur. Bu miktarda iddiasına geri döner. Çünkü onun kabul ettiği kurala göre yarar üzerine yapılan sulh akdi, kira –hizmet

[73] Hanefi fıkhında "meşayıh" sözcüğü Mâverâu'n-nehir âlimleri veya Ebû Hanîfe'ye yetişmemiş fakihler için kullanılır. (Hidaye, Mukaddime)

sözleşmesi gibidir. Kira-hizmet sözleşmesi ise taraflardan birisinin ölmesi durumunda geçersiz duruma gelir. Bu hükmün gerekçesini şöyle açıklayabiliriz: "Dâvacı öldükten sonra sulh akdinin devam ettiğini kabul edecek olursak yararının da mirasçılara geçeceğini kabul etmek zorunda kalırız. Halbuki yarar miras konusu olamaz. Görmez misin kendisi için bir kölenin hizmeti vasiyet edilen kişi öldüğü zaman onun mirasçıları yararı elde etme noktasında ölenin yerine geçemezler. Bu konuda söylenebilecek şey en fazla, sulh akdinin böyle bir durumda vasiyet gibi kabul edileceğidir. Dâvalı öldükten sonra ise söz konusu malın aslı onun mirasçılarına geçer. Dolayısıyla bu aşamadan sonraki yararlar onun mülkiyetinde bulunan bir malda meydana gelmiş demektir. İşte bu maldan doğan yararın karşı tarafın mirasçılarına ait olduğunu söylemek, dâvalının mirasçılarının mülkiyetinde bulunan bir malın yararını, bunların rızası olmaksızın dâvacının mirasçılarına devretmek anlamına gelir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise dâvalı öldüğü zaman sulh akdi geçersiz duruma gelmez. Dâvacının ölmesi durumunda ise evin oturumu ve kölenin hizmeti üzerine yapılan sulh akdi yine geçersiz olmaz. Fakat elbisenin giyilmesi ve binek hayvanının kullanılması üzerine yapılan sulh geçersiz olur. Onun verdiği bu hüküm *"el-Emâlî"* isimli eserde bulunmaktadır.

Bazı Hanefi âlimlerimiz (rh.a.) ise konuyla ilgili olarak şöyle demişlerdir: "Bu hükümlerin yorumu şu şekildedir: "Bir kimse başkasının elinde bulunan bir kölenin kendisine ait olduğunu iddia edip sonra da onunla kölenin bir aylık hizmeti karşılığında sulh akdi yaparsa veya birisinin elinde bulunan evin kendisine ait olduğunu iddia edip sonra da bir ay süreyle orada oturma karşılığı onunla sulh akdi yaparsa; bu durumda inkar üzerine yapılan sulh akdi dâvacının zannına dayanmaktadır. Dâvacının zannına göre kendisi bu yararı bedelli olarak yapılan bir sulh akdi sonucunda değil, aslî mülkiyeti dolayısıyla elde etmiştir. Bu bakımdan gerek kendisinin gerekse dâvalının ölmesi durumunda bu sözleşme geçersiz duruma gelmeyecektir.

Ama sulh akdi dâvalıya ait bir kölenin hizmeti üzerine yapılacak olursa Muhammed (rh.a.)'in *"el-Asl"* adlı kitabında mutlak olarak belirttiği gibi, taraflardan birisinin ölmesi durumunda sözleşmenin geçersiz duruma gelmesi gerekir.

Bazı âlimlerimiz ise bu görüş ayrılığının bütün şıklarda olduğunu söylerler. Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşünün delili daha önce de belirttiğimiz gibi şudur: "Sulh akdinin amacı taraflar arasındaki çekişmenin sona ermesini sağlamaktır. Halbuki taraflardan birisinin ölmesi durumunda sözleşmenin geçersiz duruma geleceğini söylemek bu çekişmenin taraflar arasında yeniden başlaması anlamına gelir. İşte böyle bir olumsuzluktan korunmak için "taraflardan birisinin ölmesi durumunda dahi sulh akdi geçerliliğini korur" dedik. Çünkü dâvalı öldükten sonra onun mirasçıları, bu sulh akdinin uygulamaya konulmasıyla, daha önce ölenin

yararlandığı tarzda bu akitten yararlanacaklardır. Bu yarar da dâvacının açtığı dâvanın düşmesidir. Çünkü sulh akdini geçersiz kabul ettiğimizde kira sözleşmesinin aksine mirasçının bu yararı kendisi için elde edememesi gibi bir durum ortaya çıkabilir.

Dâvacı öldüğü zaman ise kölenin hizmetinden yararlanma ve evin oturum hakkını kullanma gibi insanların genelde birbirlerinden fazlaca farklı davranmadıkları, bazı konularda mirasçıları onun yerine geçecektir. Ancak bu tür yararları kendisinin yapacağı bir akit sonucunda elde etme imkânı bulunmayabilir. İşte bu yüzden sulh akdinin geçersiz olduğunu belirttik. Ama elbise giyinmek, binek hayvanını kullanmak gibi insanların farklı oldukları konularda mirasçıyı ölenin yerine geçirmek mümkün değildir. Çünkü bu durumda mülk sahibi zarara uğrayacaktır. Böyle bir zararı yüklenmeye de razı olmayacağından bu sulh akdinin geçersiz olacağını söyledik. İşte bu olayla ilgili hüküm, muhâla'a ve nikah akitleri ile kasten öldürme durumunda yapılan sulh akdinde bedel olarak belirlenen yararın hükmüne benzer. Çünkü bu tür akitlerde yararla ilgili olan hak taraflardan birisinin ölmesiyle düşmemektedir. Aksine akit sırasında konuştukları gibi ölümden sonra da olsa hak sahibi olan taraf, ya bu yararı ya da bu yararın bedelini tam olarak almaktadır. İşte incelmekte olduğumuz olayın hükmü de böyledir. [20/148]

Yararı sulh bedeli yapılan malın telef olması

Karşı tarafla bir evin oturum hakkı karşılığı sulh akdi yaptığı halde ev yıkılırsa sulh akdi geçersiz duruma gelmez.

Çünkü evin aslı (kurulu olduğu yer) durmaktadır. Bunun oturumundan yararlanmak mümkündür. Ancak yararı tam olarak elde etmenin yolu bina iledir. Bu bakımdan dâvalı taraf oturmak amacıyla bu evi kendi parasıyla yeniden yapmaya razı olursa taraflar arasındaki sulh akdi de devamlılığını korur. Ama bir değişiklik meydana geldiği için dâvacı sulh akdini geçersiz kılıp yeniden dâva açma yolunu seçebileceği gibi, sulh akdini devam ettirme yolunu da seçebilir. Bu görüşü üç imamımız da kabul etmiştir. Evin kiraya verilmesiyle ilgili hüküm de bu şekildedir.

Dâvacı bu iddiasından vazgeçip, söz konusu evin birkaç arşınlık (zira') bölümü karşılığında, diğer tarafla sulh akdi yaparsa, bu akit Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre geçerli olmazken, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre evin birkaç arşınlık bölümünün satın alınması gibi geçerlidir. Bunu daha önce "Teberru" konusunu işlerken açıklamıştık. Çünkü belirli bir mal (ayn) karşılığı yapılan sulh akdi "satım sözleşmesi" gibidir. Bir arazinin birkaç dönümlük (cerîb)[74] bölümü karşılığında sulh akdi yapılmasının hükmü de böyledir.

[74] **Cerîb:** Alan ölçüsü olarak dönüm anlamındadır; miktarı belde örflerine göre farklılık arzeder. Bazı beldelerde on bin zira miktarıdır. Hacim ölçüsü olarak 4 kafîz (48 sâ'=132 lt)'dir.

Bir kimse evin belirli miktardaki birkaç arşınlık bölümünün kendisine ait olduğunu iddia edip, iddia ettiği bu bölüme belirli miktarda dirhem karşılığı sulh yaparsa, bu akit üç imamımıza göre de câizdir.

Çünkü sulh akdinde iddia konusu olan malın (musâlahu anhin) bilinmemesi, bir evde hak iddiasında bulunup bu hakkı belirtmediği halde daha sonra o hak üzerine belirli bir şey karşılığı sulh akdi yapması durumunda olduğu gibi, söz konusu akdin geçerliliğine engel olmaz. Çünkü sulh akdinde dâva konusu olan şeyin teslim edilmesi zorunlu olmadığı gibi, bu şeyin bilinmemesi çekişmeye de yol açmaz.

İki kişiden her biri, yek diğerinin elinde olan evde hak iddia edip, sonra her biri bir fiyat / yer belirtmeden ve ikrarda bulunmaksızın elindekini diğerine teslim etmek üzere sulh yapsalar, bu sulh câizdir. Çünkü her biri, sulhla kendisi için koşul koyulanı kabzetmiştir. Dolayısıyla teslime ihtiyaç yoktur. Bilinmezlik ancak, teslime engel olan kavgaya götürdüğü zaman sözleşmeye engel olur.

Bir kimse birisinin arazisinde bir iddiada bulunsa ve onunla miktarı belli olmayan belirli bir buğdaya karşılık sulh yapsa bu câizdir. Çünkü belirli olan buğdayın satışı câizdir. Miktarının bilinmemesi satışa engel değildir. Ona karşı yapılan sulh da câizdir. Ağırlığı belirtilmeyen belli bir gümüşe karşılık sulh da câizdir. Çünkü benzeri allım satım akdinde semen (satış bedeli) olmaya uygun olan şey, sulh bedeli olmaya da uygundur.

Bir kimse, görmediği belirli bir köle karşılığı sulh akdi yapsa köleyi gördüğü zaman muhayyerlik hakkına sahip olur.

Çünkü sulh bedeli, somut varlığı olan belirli bir mal (ayn) olursa dâvacının iddiası esas alınacak şekilde "satım konusu mal" gibi değerlendirilir. Zaten bu yüzden söz konusu mal ev (gibi taşınmaz bir mal) olursa şuf'a yoluyla hak edilebilir. Nitekim bir kimse görmediği bir şey satın aldığı zaman onu gördüğünde muhayyer olur.

Sulh bedelinin kusurlu çıkması durumunda geri verilmesi

Aynı şekilde sulh akdinde alınan malın kusuru dolayısıyla geri verilmesi, satım sözleşmesi sonucunda alınan malın kusuru nedeniyle geri verilmesi gibidir. Hatta sulh bedeli, dâvacının iddiasına dayanılarak az veya çok kusurdan dolayı geri verilebilir. Ancak kusurlu olmasına rağmen malı geri vermek mümkün olmazsa, kusurun değerde meydana getirdiği azalma oranında dâvasını devam ettirir.

Çünkü dâvalı açısından düşünüldüğünde anapara; dâva ve dâvalaşmadır. İşte kusuru dolayısıyla malın geri verilmesi durumunda dâvayı yeniden açma hakkı bulunduğu gibi, kusurlu olmasına rağmen malı geri vermenin imkansız olduğu durumlar da böyledir.

Köleyi aldıktan sonra yarısının bir başkasına ait olduğu ortaya çıkarsa dâvacı, "köledeki mülkiyetin bölünmesi" şeklindeki kusur dolayısıyla muhayyerlik hakkına sahip olur. Buna göre eğer köleyi geri verirse dâvasını olduğu gibi devam ettirir. Ama kölenin kalan kısmını elinde tutarsa yarı oranda dâvasını sürdürür. Burada kölenin bir kısmının başka birisine ait olduğunun ortaya çıkması tümünün başkasına ait olmasına kıyaslanmıştır. [20/149]

Bir kimse birisinin elinde bulunan evin kendisine ait olduğunu iddia etse ve bir başkası da dâvalının talimatına dayanarak veya onun herhangi bir talimatı olmaksızın dâvalıyla inkar ya da ikrara dayalı olarak bir sulh akdi yapsa, bu kişinin dâva konusu malın hukukuyla (sulh akdinin söz konusu mala ilişkin sonuçlarıyla) ilgili bir sorumluluğu olmaz. Bu sorumluluk evi elinde bulundurana aittir. Burada sulh akdini yapan üçüncü kişi kendisi bizzat üstlenerek (iltizam) akit yaptığı kişiye ödeme yapacağına dair garanti vermediği sürece mal ödeme sorumluluğu taşımaz.

Taraflar dışındaki bir yabancının dâvalı için sulh yapması

Çünkü inkar üzerine yapılan sulh akdinde hakkın düşürülmesine karşılık alınan bir bedel bulunmaktadır. Bu yönüyle cu'l (ödül) karşılığı boşamaya ve mal karşılığında kısas hakkından vazgeçmeye benzer. Bu tür işlemlerin üçüncü kişilerle yapılması câiz olduğu gibi karşı tarafla yapılması da câizdir. Ancak üçüncü kişi borca kefil olursa, bu sorumluluğu kendi kendisine üstlenmiş (iltizam) olur. Yüklendiği bu sorumluluğa karşılık mülkiyetine hiçbir şey girmez. Çünkü düşürülen bir hak hiç yok gibidir. Yalnız sulh akdi, dâvalının talimatı doğrultusunda yapılmışsa sorumluluk da ona aittir. Çünkü bu durumda üçüncü kişi onun iradesini dile getirmektedir. Görmez misin bu kişinin sözleşmeyi dâvalı kişiye dayandırması gerekmektedir.

Üçüncü kişi, dâvalı tarafın izni bulunmaksızın sulh yapacak olursa, sözleşmenin geçerliliği onun onayına bağlıdır (mevkuf).

Çünkü bu durumda sulh akdini yapan üçüncü kişi mal ödeme sorumluluğu taşımamaktadır. Onun rızası olmadan borcu ödeme sorumluluğunu dâvalıya yüklemek mümkün değildir. Dâvacı ise dâvalının ödemesi gereken bir karşılık almaksızın hakkının düşmesine razı olmamaktadır. Bu bakımdan sözleşmenin geçerliliği dâvalının razı olmasına bağlıdır. Üçüncü kişinin yaptığı sulh akdiyle ilgili olarak sadece açık bir örf ve ihtiyaç olsa bile hüküm böyledir. Çünkü dâvalı taraf böyle bir sözleşmeyi "ikrar anlamına gelebilecek bir ifadeyi kullanabileceği" endişesiyle kabul etmez. Çünkü bu tür bir ifadeyi kullanması durumunda akit, câiz olduğu için meydana gelmiş sayılacaktır .

Üçüncü kişi dâvacı ile belirli bir köle karşılığında sulh yaptıktan sonra kölenin kusurlu olduğu anlaşılır ve geri verilirse veya kölenin başka

birisine ait, ya da özgür olduğu veya müdebber[75] yahut mükâtep bir köle olduğu ortaya çıkarsa dâvacının açtığı dâva yeniden görülür. Sulh akdini yapan kişi de dâvacıya karşı herhangi bir sorumluluk taşımaz.

Çünkü bu sulh, dâvalı ile yapılmış olsaydı yukarıdaki nedenlerle geçersiz olurdu. Dâvacının açtığı dâva da yeniden görülürdü. Sözleşmenin üçüncü bir kişiyle yapılması durumunda da hüküm böyledir. Çünkü sayılan nedenler sözleşmenin bozulmasına yol açarlar. Sulh akdini yapan kişinin sorumluluk üstlenmesi (iltizam) ise akdin geçerliliğine bağlıdır. Akit artık geçersiz olunca hüküm de başlangıçtaki durumuna döner. Yani dâvalı ile dâvacı arasındaki dâvalaşma devam eder.

Üçüncü kişi, belirlenen miktarda dirhem karşılığı sulh akdi yapar ve kefil olur parayı teslim ettikten sonra paranın bir başkasına ait olduğu anlaşılır veya ödenen paralar arasında züyuf ya da süttûka (kalitesiz para) paralar bulunduğu ortaya çıkarsa dâvacı, sulh akdinin dâvalı ile yapılması durumundaki gibi evi elinde bulunduran (dâvalı taraf) a değil sulh akdini yapan kişiye başvurma hakkına sahip olur.

Çünkü sulh akdini yapan kişi, kefil olunca söz konusu borcu ödemeyi borç olarak yüklenmiş (iltizam) olur. Ama yukarıda sayılan nedenlerle ödediği para geri verilince sözleşmenin aslı değil fakat teslim alma (kabz) işlemi geçersiz olur. Bu yüzden hüküm teslimden önceki durumuna döner. Yani dâvacı, sulh akdini yapan kişi sorumluluğu yüklendiği için malı ondan ister.

Sulh yapıp kefil olan kişinin borcu ödemeyi reddetmesi

Üçüncü kişi, para karşılığı sulh akdi yapar ve o borca kefil olur, daha sonra "Ödemeyi yapmıyorum" derse onu ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi için zorlarım.

Çünkü bu kişi kefil olmakla sorumluluğu üstlenmiştir. Kefil borçlu sayılır. Ayrıca kefil ödemeyi yapacağına dair bir koşul ileri sürmüştür. Bu tarz koşullara vefa göstermek ise, özellikle "bağlayıcı (lazım) akit"lerde kişiyi bağlayıcıdır.

Ama sulh yapan kişi kefil olmamışsa sorumluluğu da olmaz. Yalnız yapılan sulh akdi dâvalının iznine kadar askıda (mevkuf) sayılır; kabul ederse borcu ödemekle yükümlü olur. Reddederse sulh akdi geçersiz olur.

[20/150]

Bir kimse başka birisinin elinde bulunan bir ev üzerinde hakkı olduğunu iddia eder ve onunla para karşılığı sulh akdi yapıp parayı teslim ettikten sonra henüz dâvalının elinde iken evin başka bir kişiye ait olduğu ortaya çıkarsa dâvacı parayı geri almak için dâvalıya başvurma hakkına sahip olur.

Çünkü bu sulh akdi dâvacının iddiasına dayalı olarak yapılmıştır. Onun iddiasına göre de "dâvalı dirhemleri evin bedeli olarak almıştır". Bu bakımdan evin

---

[75] **Müdebber Köle:** Özgürlüğüne kavuşması efendisinin ölümüne bağlanmış bulunan erkek köle. Bu durumdaki cariyeye ise "müdebbere" denir.

bir başkasına ait olduğu ortaya çıkınca dâvalı teslim aldığı bedeli, tıpkı satım konusu malın bir başkasına ait olduğunun anlaşılmasında olduğu gibi geri vermekle yükümlü olacaktır.

Sulh akdi, dâvalının "dâvacı bu malı bedelsiz olarak vermiştir" şeklindeki iddiasına dayandırsak, onun iddiası, parayı karşılıksız verdiği ve onun verdiğini geri alma hakkının olduğudur.

Üçüncü bir kişinin, dâvacı adına sulh akdi yapıp parayı ödeyeceğine kefil olması durumunda da, akdi yapan kişinin verdiği para için başvurma hakkı bulunmaktadır.

Çünkü evin başka birisine ait olduğunun ortaya çıkmasından sonra başvurma hakkının doğması, yapılan ödeme dolayısıyladır. Bu hak ise ödemeyi yapan kişi lehine doğar.

Evin belli bir yarısının veya üçte birinin, ya da bir arşın dışında tamamının başka birisine ait olduğunun anlaşılması durumunda ise, sulh akdi yapanın ödediği dirhemlerle ilgili olarak hiçbir şekilde başvurma hakkı olmaz.

Çünkü dâvacının iddiası belki de, başkasına ait olduğu ortaya çıkan kısmın dışında kalanla ilgilidir. Biz bunu bilmiyoruz. Buradaki sulh akdi dâvacının iddiasına dayalı olarak yapılmıştır. Dâvacının "Benim hakkım evin geriye kalan kısmıyla ilgili olup seninle ona karşılık sulh akdi yaptım" demesi mümkündür. Bu bakımdan evin tamamının başkasına ait olduğunun ortaya çıkmasının aksine burada ödenen dirhemlerle ilgili olarak hiçbir şekilde başvurma hakkı olmaz.

Bir kimse birisinin elinde bulunan evde hak iddiasında bulunur ve o kişiyle evin terasında / damında bir yıl süreyle kalmak karşılığında sulh yaparsa bu sözleşme geçerlidir.

Çünkü dâvacının iddiasına göre, kendisi evin aslındaki mülkiyetine itibarla yararını almıştır.

Ancak burada Muhammed (rh.a.) dâvacının kendisi dışında bir kimsenin kendisinin o evin terasında bir yıl süreyle kalması karşılığında sulh yapmasına temas etmemiştir. Ancak tanık getirdiği şeyden dolayı bunun câiz olacağını söyleyebiliriz. Görmez misin dâvacının evi kiralaması da câizdir. Zaten daha önce de açıkladığımız gibi kira sözleşmesi ile alınan yararın sulh akdiyle elde edilmesi de câizdir. Konuyla ilgili olarak Hakim eş-Şehid (rh.a.) şöyle demektedir: "Bazı meşâyıhımız (Maverau'n-Nehir âlimlerimiz veya Ebû Hanîfe'den sonra gelen Hanefi Fakihleri) yukarıda hükmü anılan terasın, "etrafı çevrili teras" anlamında kullanıldığını belirtmişlerdir. Çünkü teras genellikle bu nitelikte olduğu zaman oturma için kullanılabilir. Dolayısıyla "oturma amaçlı yararın" kiralanması da câiz olur. Ancak bana göre daha doğru olan görüş, bunun her durumda câiz olmasıdır.

Çünkü teras, herhangi bir arazi gibi meskendir. Bir kimsenin belirli bir araziyi belirli bir süre kalmak/ikamet etmek üzere kiralaması câiz olduğu gibi terası kiralaması da câizdir. Çünkü böyle bir yerin üzerine çadır vb. kurarak yerleşmek mümkündür.

Bir kimse birisinin elinde bulunan evin yarısının kendisine ait olduğunu iddia edip, diğer yarısının da zilyede ait olduğunu ikrar eder ve zilyet onunla belirli miktar para karşılığı sulh akdi yapıp, parayı teslim ettikten sonra evin yarısının başka birisine ait olduğu ortaya çıkarsa ödediği paranın yarısı oranında dâvacıya başvurma hakkına sahip olur.

Çünkü dâvacının iddiasına göre ev, kendisiyle dâvalı arasında yarı yarıya ortaktır. Halbuki başkasına ait olduğu ortaya çıkan miktar, ortak paylı yarım paydır. Bu bakımdan her ikisinin payındandır. Buna göre sulh bedelinin yarısının başkasına ait olduğu ortaya çıkar. Dolayısıyla ödemeyi yapan dâvalının paranın yarısı için başvurma hakkı olacaktır.

Dâvacı, zilyet lehine hak ikrarında bulunmaz veya "Evin yarısı benim, yarısı ise falanındır" derse, dâvalı ise "Hayır sen yalan söylüyorsun, evin yarısı benim, diğer yarısı da kim olduğunu bilmediğim başka birisine aittir" ya da "Evin yarısı benim yarısı da falanındır" demişse, dâvalı hiçbir şekilde parayı geri almak üzere başvuramaz.

Çünkü bu durumda dâvacının bir hakkı sabit olmamıştır. Sulh onun iddiasına göre yapılmıştır. O, dâvalıya "seninle elinde kalan yarı payda sulh akdi yaptım" demektedir. Daha önce de açıkladığımız gibi inkar üzerine yapılan sulh akdi dâvacının iddiasına dayandırılır.

[20/151] **Ev dâvacının elinde emanet olsa ve iddiasından vazgeçip bir mal karşılığı sulh akdi yapsa emanet bırakana başvuramaz.**

Çünkü o da sulh akdi sonucunda borç yükümlüsü olma bakımından üçüncü kişiler gibidir. Bununla birlikte dâvacı, kendisiyle ilgili olarak açılabilecek bir dâvayı önlemek için söz konusu evin kendisine emanet olarak bırakıldığını tanıklarla ispat etmesi mümkündür.

Ancak emanet bırakan kişi emanetçiye sulh akdi yapabileceği doğrultusunda talimat vermişse emanetçi lehine başvurma hakkı doğar.

Çünkü emanetçi bu durumda emanet bırakanın emri ile onun için iş yapmaktadır ve onun adına üstlendiği bu sorumluluk nedeniyle başvurma hakkına da sahip olacaktır.

Bir kimse tanıkların görmediği ve sınırlarını bilmediği bir evle ilgili dâvasından ya da belirli olmayan bir evdeki hakkından vazgeçmek üzere sulh akdi yapar ve sonra sulh akdi yaptığı bu evden başka bir ev olduğunu iddia ederek yine bir ev konusunda dâva açar ve dâvalı "Hayır, yeni açtığın bu dâvaya konu olan ev üzerinde sulh akdi yaptığımız evdir" derse

taraflar karşılıklı olarak yemin edip sulh akdini bozarlar ve dâvaları yeniden görülür.

Çünkü sulh akdi, tarafların karşılıklı rızaları sonucunda bozulması (ikâle) mümkün olan bir sözleşmedir. Satım sözleşmesi yapan tarafların satım konusu malın aslı (ayn) konusunda anlaşmazlığa düşmeleri olayında olduğu gibi burada da taraflar sözleşmenin kapsamında yer alan malın aslı konusunda anlaşmazlığa düşerlerse karşılıklı olarak yemin ederler ve aldıklarını geri verirler.

Mirasçılardan birisinin, miras malda hak iddia edenle sulh yapması

Ev mirasçıların elinde olup birisi bu ev üzerinde hak iddia etse ve mirasçıların bir kısmı orada bulunmadığı (gaib) halde o an orada bulunan bir mirasçı dâvacı ile hakkının tamamından vazgeçmesi için belirli miktarda bir şey karşılığı sulh yapsa bu akit geçerli olur.

Çünkü sulh akdi yapan mirasçı, diğer mirasçıların payındaki sulhda bağışta bulunmuştur. Daha önce de açıkladığımız gibi bedeli üstlenmişse bağışta bulunan bir kimsenin sulh yapması câizdir.

Bu durumda miras olarak bırakılan ev olduğu gibi kalır.

Çünkü dâvacı kendisinden bedel aldığı kişiden herhangi bir şey mülkiyetine geçirmeden aldığı bedele karşılık kendi hakkını düşürmüştür.

Bu sulh dolayısıyla akdi yapan mirasçı diğer mirasçılara başvuramaz.

Çünkü diğer mirasçılar ona ödeme yapması doğrultusunda herhangi bir talimat vermemişlerdir.

Söz konusu mirasçı, dâvacının hakkı diğer mirasçıların değil sadece kendisinin olmak üzere sulh akdi yaparsa bu akit yine geçerli olur.

Çünkü dâvacı bu şekilde kendisi için iddia etmiş olduğu kısmı, sulh akdi yaptığı kişiye ondan aldığı bedel karşılığı devretmiş olmaktadır. Sulh akdi de onun iddiası esas alınarak yapılmıştır. Dolayısıyla câizdir. Ancak daha sonra sulh akdini yapan kişi, kendisiyle diğer mirasçılar arasındaki ilişki açısından dâvacının getireceği delil doğrultusunda bu dâvacının yerine geçer. Eğer dâvacı delille belirli bir şeyin mülkiyetini ispat ederse söz konusu mirasçının satın almak yoluyla bu şeyde mülkiyeti sabit olur. Dâvacının delili yoksa, onun dâvacıya diğer mirasçıların payı oranında başvurma hakkına sahip olur. Çünkü dâvacı bunu söz konusu mirasçıya teslim etme imkânından yoksundur. Sulh akdi ise onun iddiasına dayalı olarak yapılmıştır. Ancak belirtilen miktardaki bölümü teslim etme imkânının bulunmadığı ortaya çıktığına göre sulh akdi de bu oranda bozulacak ve mirasçı bu miktara karşılık gelen bedeli geri almak üzere başvurma hakkına sahip olacaktır.

Görmez misin bir kimse birisinin elinde bulunan bir evde hak iddiasında bulunup, bir köle karşılığında bu iddiasından vazgeçerek evi ona bırakmak üzere sulh akdi yapsa, ancak daha sonra evi elinde bulunduran kişi karşı tarafa dâva

açsa, fakat delil getiremese, dâvacıya başvurma hakkına sahip olur. Var ise köleyi, dâvacının elinde iken telef olmuş durumunda kölenin değerini kendisi alacaktır.

Çünkü bu durumda tarafların zannına göre akit konusunu teslim etme imkânı ortadan kalktığı için sulh sözleşmesi geçersiz olur.

İki kişi "Bu ev bize babamızdan miras kalmıştır" diyerek birisinin elinde bulunan ev üzerinde hak iddia etseler, zilyet ise bu iddiayı kabul etmese ve ardından söz konusu iki kişiden birisi bu iddiadaki payından vazgeçmek üzere dâvalı ile yüz dirhem karşılığı sulh akdi yapsa, diğer kişi bu yüz dirhemde ona ortak olmak istese bile böyle bir hakka sahip olamaz.

Çünkü bu iki kişinin söz konusu evdeki mülkiyeti açık olsaydı ve birisi kendi payını satsaydı diğerinin satım bedelinde ona ortak olma hakkı bulunmayacaktı. Aynı şekilde bunlardan birisi zilyet inkar etmesine rağmen kendi payı üzerinde sulh yaptığı zaman da aynı hüküm uygulanacaktır.

Ayrıca sulh akdi yapmayan diğer kişi iddiasını delille (tanık) ispat etmediği sürece evden de bir şey alamaz.

Çünkü zilyet, iddiayı inkar etmekle birlikte sulh akdi yapmayı kabul etmekle kendisiyle sulh akdi yapanın iddia konusu şey üzerindeki hakkını itiraf etmiş olmaz. Bu da göstermektedir ki zilyet kendisiyle sulh akdi yapmadığı birisinin bu malda hakkı olduğunu öncelikle itiraf etmemiştir.

[20/152] İbn Rüstem (rh.a.) *"en-Nevadir"* adlı eserinde Ebû Yusuf (rh.a.)'un "bu kişi ona ortak olur" dediğini söylemiştir. Muhammed (rh.a.) ise bu kişinin ona ortak olamayacağı görüşündedir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'un görüşünün açıklaması şudur: Sulh akdini yapan kişi bu parayı babasından kalan miras dolayısıyla aldığını iddia etmekte / zannetmektedir. Zaten bu yüzden babasının borçlu olduğu ortaya çıkarsa söz konusu parayla ona ait borçlar ödenecektir. Babadan kalan miras oğullardan birisine ait değildir. Bu nedenle diğer oğlun iddiası göz önüne alınarak teslim alınan paraya onun da ortak olma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

Oğullardan birisi her ikisi adına dâvacının iddiasının tümü için yüz dirheme sulh yapıp, kardeşinin de kendi hakkını teslim edeceğine dair kefil olur ve kardeşi de bunu teslim ederse, yapılan sözleşme geçerli olur. Dolayısıyla yüz dirhemin de yarısını alır.

Çünkü, kardeşin payındaki sulh, onun onayına bağlıdır. Onay verdiğinde geçerli olur. Sanki sulh her ikisi birlikte yapmış gibi kabul edilirler. Dolayısıyla sulh bedeli yarı yarıya ortaktır. Ama onay vermezse onun dâvası devam eder. Dolayısıyla sulh akdini yapan kardeş evi elinde bulunduran kişiye yüz dirhemin

yarısını geri verir. Çünkü diğer kardeşin reddetmesi nedeniyle onun payındaki sulh oranında geçersiz olmuştur.

Bir kimse birisinin elinde bulunan bir evde hak iddiasında bulunur ve "Bu ev bana ve kardeşlerime aittir" der, zilyet de bunu itiraf eder, sonra da onun payını satın alırsa, diğer kardeşlerin satış bedeli konusunda ona ortak olamazlar.

Çünkü o sadece kendi payına karşılık bir bedel almıştır.

İşte Ebû Yusuf (rh.a.) bu tür bir olayla sulh akdini farklı görerek şöyle demiştir: "Burada diğer mirasçıların haklarını miras kalan maldan almaları mümkün olduğu gibi, paylarını satarak bedel almaları da mümkündür. Bu bakımdan "ortaklığın bulunmadığını" söylemek, sulh akdinin aksine miras konusu mallardan bir şeyin bedelinde mirasçılardan bir kısmını diğerlerine öncelik tanımak anlamına gelmez."

Bir kimse birisinin elinde bulunan evin kendisine ait olduğunu iddia eder ve taraflar "zilyet bu evde bir yıl kaldıktan sonra dâvacıya evi geri vermek üzere" sulh akdi yaparlarsa bu akit, "dâvacının söz konusu evde bir yıl kalması karşılığı sulh yapıp, evi zilyede teslim etmediğinde olduğu" gibi geçerli olur. Bu olay dâvacı açısından açıktır. Çünkü dâvacı söz konusu evin gerek aslının gerekse yararının kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Fakat yaptığı sulh akdiyle evin aslı üzerindeki mülkiyetini geçersiz kılmakta bununla birlikte akit sırasında kendisi için koşul koyduğu yarar miktarı üzerindeki mülkiyeti devam etmektedir. Mülkiyetinin hükmü ile bu yararı elde etmektedir. Bu da câizdir. Sulh akdinin bir sonucu olarak da aynı yararı elde edebilir. Mesele, dâvacının "başka bir evde bir yıl süreyle kalabilmek" karşılığı sulh akdi yapmasına benzer.

Ancak meseleye dâvalı açısından baktığımızda bir takım problemlerle karşılaşırız. Çünkü dâvalı evin hem aslının hem de yararının kendisine ait olduğunu ve bir yıl sonra bunu dâvacıya devredeceğini iddia etmektedir. Oysa ancak bir şeyin mülkiyetini devretme işlemi koşula bağlanamadığı gibi belli bir süre sonrasına da bağlanamaz.

Fakat biz şöyle diyoruz: "Bu sulh dâvacının iddiasına dayalıdır. O bu evi zilyede bir yıllığına ödünç olarak verdiğini ve süre bitiminde geri alacağını iddia etmektedir. Dâvalı ise söz konusu evin mülkiyetini o anda dâvacıya devrederken, yararını ise bir yıl süreyle kendi mülkiyetinde tutmuş olmaktadır. O, yararı kendi mülkiyetinin hükmü ile elde etmiş olur. Bu da câizdir.

Görmez misin bir kimse evinin oturum (süknâ) hakkını bir yıl süreyle birisine vasiyet edip ölürse ev mirasçılara ait olur. Ama evin oturum şeklindeki yararı hükmen vasiyet edenin mülkiyetinde kalır. Kendisine vasiyet edilen kişi evin kendisine verilmesiyle bu yararı alır. Aynı şekilde kiralanmış bir evin, bunu bilen bir alıcıya, satılmasıyla ilgili hüküm de böyledir. Çünkü bu durumda alıcı evin aslına [20/153]

malik olur. Ama yararını kiracı alana kadar satıcının hakkı olarak kalır. Dolayısıyla kira ücretini de satıcı alır. İşte yukarıdaki olay da bunun gibidir.

Dâvacıyla birlikte ortak olan diğer kişiler varsa onun sulh yapması ortaklar için câiz değildir. Onlar kendi paylarının varlığını ispat konusunda delilleri devam eder.

Çünkü dâvalının, dâvacıyla birlikte ortak olan kişilerin paylarını söz konusu dâvacı ile yapacağı sulh akdiyle mülkiyetine geçirme yetkisi yoktur.

Yine yukarıdaki açıkladığımız gerekçeyle, kuru mülkiyeti dâvacının olacak şekilde iddia konusu araziyi zilyedin (dâvalı) beş yıl süreyle ekmesi karşılığı yapılan sulh da câizdir.

Mescit yapılan bir evde hak iddia edenle sulh yapmak

Bir kimse bir ev satın alıp orayı mescit yapsa sonra birisi o yerin kendisine ait olduğunu iddia etse; bu durumda mescidi kuran kişi ile mescitten yararlanan cemaatin dâvacı ile sulh akdi yapmaları câizdir.

Çünkü söz konusu kişiler bu sulhtan yararlanacaklardır. Mescitten yararlanmayan fuzûlî (yetkisiz temsilci) gibi birisi dâvacı ile sulh akdi yapıp bedel ödemeyi de bizzat üstlenirse (iltizam) bu sulh akdi geçerli olur. Mescitten yararlanan bir kimsenin yaptığı sulh akdi cevaz hükmüne daha yakındır.

Yine aynı şekilde kişi bu evi küçük çocuğuna satsa veya bağışlasa ya da mezarlık gibi bir amaçla halkın kullanımına açsa veya şeklini değiştirse sonra da dâvacı ile bu yer konusunda sulh akdi yapsa, onun sulhu üstlendiği maldaki durumu fuzûlîden daha aşağı bir konumda bulunmaz. Bu bakımdan yaptığı sulh akdi de geçerli olur.

Dâvalının dâvacının iddiasını ikrar ettikten sonra inkar edip sulh yapması

Dâvalı, dâvacının iddiasını ikrar ettikten sonra inkar eder ve ardından sulh akdi yaparsa bu akit geçerli olur.

Çünkü ikrardan sonra söz konusu iddianın reddedilmesi dikkate alınmaz. Bu sulh akdi ikrar üzerine yapılmış kabul edilir. Zaten böyle bir sulh akdi de ittifakla geçerlidir.

İddiayı başlangıçta inkar edip sulh akdi yaptıktan sonra dâvacının iddiasında haklı olduğunu itiraf etse bu sulh akdi geçerliliğini korur ama dâvalı yalan söylemiş olduğu ve karşı tarafa haksızlık ettiği için bu inkarı nedeniyle günahkâr olur. Ancak dâvacı açısından sulh akdi, kendisine ait hakkın bedel karşılığında düşürülmesidir. Bununla birlikte daha önce de açıkladığımız gibi karşı tarafın iddiayı reddetmesi, hak sahibi tarafından hakkın bedelsiz olarak düşürülmesi doğrultusunda yapılan işlemin geçerliliğine engel oluşturmaz. Görmez misin borçlu kendisinin borcu bulunduğuna dair iddiayı kabul etmese de, alacaklının borçluyu ibra etmesi geçerli olduğu gibi, borçlu olduğu iddia edilen kişinin inkarı alacaklının bedelli olarak hakkını düşürmesi doğrultusunda yaptığı işlemin geçerliliğine engel oluşturmaz. Çünkü hakkın düşürülmesi, hak sahibinin kendisine ait bir hakta yaptığı bir

kullanımdır. Görmez misin kadının nikahının varlığını reddetmesi, kocanın gerek bedelli gerekse bedelsiz olarak onu boşamasına engel değildir. Aynı şekilde katilin bu suçu kabul etmemesi de maktulün (öldürülenin) velisinin affetmesine engel olmaz.

Bir kimse başkasının elinde bulunan bir evin kendisine ait olduğunu iddia eder ve bir kölenin bir yıllık hizmeti karşılığında bu evdeki iddiasından vazgeçmek üzere sulh yaparsa sonra da köle sahibi onu özgür kılarsa bu özgür kılma işlemi geçerli olur.

Çünkü hizmetinden dâvacı yararlansa da köle, halen onun mülkiyetinde bulunmaktadır. Bu bakımdan hizmeti vasiyet edilen köleyi mirasçıların özgür kılması durumunda bu özgür kılma işleminin geçerli olması gibi bu da geçerlidir. Kölenin hizmetinde hak sahibi olanın hakkı da devam eder. Çünkü burada dâvacı bağlayıcı bir sözleşme sonucunda hizmetten yararlanma hakkı kazanmıştır. Kölenin özgür kılınması ise bu hakkın devamlılığına aykırı değildir.

Dâvacı bu köleyi özgür kılarsa özgür kılma işlemi geçerli olmaz.

Çünkü dâvacı kölenin hizmetine (yararına) maliktir. Özgür kılma işleminin geçerliliği kölenin çıplak mülkiyetine sahip olmaya bağlıdır. Burada dâvacı kölenin çıplak mülkiyeti konusunda yabancı gibidir. Dolayısıyla köleyi özgür kılma doğrultusunda yaptığı işlem geçerli olmaz. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur :

لا عتق فيما لا تملك ابن آدم

"İnsan oğlunun malik olmadığı bir köleyi özgür kılması (geçerli olmaz)."[76]

Köle sahibi bu kölesini satacak olursa yaptığı satım sözleşmesi geçerli olmaz.

Çünkü köleyi teslim etme imkânından yoksundur. Dolayısıyla kölenin hizmetine sahip olanın hakkı dolayısıyla satım sözleşmesi geçerli olmayacaktır. Olay bu yönüyle köle sahibinin kiraya verdiği kölesini veya mirasçının hizmeti vasiyet edilen köleyi, ya da rehin veren kişinin rehin konusu malı satmasına benzer.

Kölenin hizmetine sahip olan dâvacının bu köleyi hizmet için başkasına kiraya vermesi câizdir.

Çünkü daha önce de açıkladığımız gibi yapılan bedelli bir akit sonucunda dâvacı bu kölenin hizmetine malik olmuştur. O, kiraladığı şeyi bir başkasına kiraya verme yetkisine sahip olan kiracı gibidir.

"Dâvacı bu köleyi bulunduğu şehirden çıkarıp ailesinin yanına götürme yetkisine sahiptir." "Kira-Hizmet (icare) Sözleşmesi" konusunu işlerken "bir köleyi [20/154]

[76] Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VII/318; Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, X/808; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, III/286.

hizmetinden yararlanmak üzere kiralayan bir kimsenin onu kendisiyle birlikte yolculuğa çıkarma yetkisine sahip olmadığını" belirtmiştik. Üstadımız şöyle der: "Muhammed (rh.a.)'in "Sulh" konusunda belirttiği görüşün yorumu şu şekildedir : Dâvacının ailesi şehre yakın bir köyde yaşıyor ve dâvalı bunu biliyorsa veya dâvacı yolculuğa çıkmak ya da ailesine dönmek üzere olup dâvalı da bu durumdan haberdar ise bu durumda dâvalı, dâvacının söz konusu köleyi alıp ailesine götürmesine razı olmuş sayılır. Çünkü insan köleyi ailesine hizmet etmesi için kullanır. "Kira-Hizmet Sözleşmesi" konusunu işlerken belirttiği görüşün yorumu ise şu şekildedir: "Köleyi kiraya veren efendi kira-hizmet sözleşmesi sırasında sözü edilen durumlardan haberdar değilse, köleyi kiralayan kişinin onu şehirden çıkarmasına ve yolculuk sırasında onu hizmetinde kullanmasına razı olmuş sayılmaz. Çünkü yolculuk sırasında hizmet, yolculuk dışındakine göre zordur.

Benim görebildiğim kadarıyla iki görüş arasındaki fark şu şekildedir; Kira-hizmet akdinde, sözleşme süresinin bitiminde akit konusu malın geri verilmesiyle ilgili masraflar kiraya veren kişiye (mal sahibine) aittir. Çünkü ücret konusundaki hakkını ikrar yönünden, kiralananın nakledilmesindeki menfaat ona aittir. Kiracı köleyi kendisiyle birlikte yolculuğa çıkaracak olursa, karşı tarafı, geri verme konusunda üstlenmediği bir sorumlulukla yükümlü tutacaktır. Halbuki incelemekte olduğumuz olayda dâvalı, köleyi geri verme konusunda herhangi bir sorumluluk taşımamaktadır. Çünkü o, herhangi bir karşılık olmaksızın kölenin hizmetine ait mülkiyetini karşı tarafa devrettiğini düşünmektedir. Bu bakımdan dâvalı, kölenin hizmetini vasiyet eden kişi gibi değerlendirilir. Nitekim böyle bir durumda kölenin geri verilmesiyle ilgili masraflar mirasçıya değil lehine vasiyet edilen kişiye aittir. Ayrıca dâvacı burada köleyi ailesinin yanına götürmekle, aynı zamanda onu geri getirme sorumluluğunu da üstlenmiş olur. Dâvalıya herhangi bir sorumluluk düşmez. İşte bu yüzden dâvacı köleyi yanında götürebilir.

İrtifak hakkı iddiasına karşılık sulh

Bir kimse başka birisinin duvarında bazı yerlere kiriş koyma hakkının bulunduğunu veya birisinin avlusunda yol ya da su geçirme hakkına sahip olduğunu iddia etse, dâvalı da bunu inkar etse ve ardından belirli miktarda para karşılığı sulh akdi yapsalar, bu akit geçerli olur.

Çünkü sulh bedeli (musâlahun aleyh) belirlidir. İddia konusunun (musâlahu anhin) belirli olmaması sulh akdinin geçerliliğine engel olmaz. Onu sulh yoluyla alması ile de onda hak sahibi olmaz.

Bir iddiaya, irtifak hakkı karşılığı sulh yapmak

Bir kimse başkasına karşı bir hak iddiasında bulunur ve bu iddiasından vazgeçmek üzere dâvacıya ait olan, evin avlusundan yol geçirmek veya akıtmak için bir yer açmak, ya da evinin duvarına kiriş koymak karşılığı sulh akdi yaparsa bu akit yol (geçirme) konusunda geçerli olur.

Çünkü sulh bedeli belirli bir mal (ayn) olursa, satım konusu mal (mebî') gibidir. Yolun satılması câizdir. Çünkü sulh bedeli, çekişme meydana gelmeyecek

türden bir şey ise bunun üzerinde akit yapılması câizdir. Su akıtılacağı yerin (mesîlin) satılması ise câiz değildir. Çünkü bu durumda bir belirsizlik söz konusudur. Çünkü bu yer oluktan akacak suların aktarılması için kullanılacaksa yağmurun azlığına veya çokluğuna göre durum değişebileceği gibi bunun sonucunda ortaya çıkacak zarar da farklı olacaktır. Yine söz konusu yer abdest suyunun geçirilmesi için kullanılacaksa buna olan ihtiyacın azlığına veya çokluğuna göre durum değişecektir.

Duvar üzerindeki bir kiriş yerinin satılması ve üzerine kiriş koymak üzere bir duvarın kiralanması da yine belirsizlik nedeniyle câiz değildir. Zaten daha önce de açıkladığımız gibi satım ve kira sözleşmeleri ile hak edilmeyecek durumda olan şeyler sulh bedeli de olamaz.

Bir ay süreyle bir ırmağın sulama hakkına (şirb) sahip olmak karşılığı sulh akdi yapmak câiz değildir.

Çünkü arazi olmadan sulama hakkını satmak câiz olduğu gibi bunun sulh bedeli olması da câizdir. Çünkü burada temelde amaçlanan husus suyun az ya da çok olmasına göre değişiklik arz eder. Bu bakımdan suyun aslının ırmakta devamlı olarak akmama riski vardır. Dolayısıyla miktarı da belli değildir. Irmaktan akıtılması karşılığı sulh akdi yapmak câiz değildir. Çünkü bunun miktarı kira sözleşmesi ile kazanılamaz. Bu yüzden sulh bedeli olarak kazanılamaz.

Ancak nehrin su akan arazisi veya kuyunun ve pınarın arazisi karşılığında sulh yapmak câizdir. Bunlar karşılığında sulh akdi yapılabilir. Çünkü bu durumda sulh bedeli ırmağın belirli bir bölümüdür. İşte bunun satım akdiyle hak edilmesi câiz olduğu gibi sulh bedeli olarak kazanılması da câizdir.

Bir kimse ırmak veya kuyunun yerinin kendisine ait olduğunu iddia eder ve bu iddiasından vazgeçmek üzere belirli miktarda mal karşılığı sulh akdi yaparsa, böyle bir akit cevaz hükmüne daha yakındır. [20/155]

Sulh bedelinin başka birisine ait olduğunun anlaşılması

Bir kimse birisinin elinde bulunan bir ev üzerinde hak iddiasında bulunur ve bu iddiasından vazgeçmek üzere yüz dirhem değerindeki bir köle ve yüz dirhem nakit karşılığı sulh akdi yapar, sonra da kölenin bir başkasına ait olduğu ortaya çıkarsa yarı oranda dâvasını devam ettirir.

Çünkü sulh bedelinin tamamının bir başkasına ait olduğu anlaşılacak olsaydı sulh akdi de bütünüyle geçersiz olacak ve dâva yeniden görülecekti. Sulh bedelinin yarısı üzerinde başka birisinin hak sahibi olduğu anlaşıldığı zaman da hüküm böyledir. Evi elinde bulunduran kişi dâvacıdan bir elbise almış olsaydı, dâvacı yarı oranda iddiasını devam ettirme ve elbisenin yarısı tutarında dâvalıya başvurma hakkına sahip olacaktı.

Çünkü burada dâvacı açısından iki şey bulunmaktadır; Belirsiz (meçhul) olan dâva konusu ve belirli (malum) olan elbise. İşte belirli olan bir şey belirsiz başka bir

şeye eklenecek olursa, yarı yarıya paylaştırmaktan başka bir yol bulunmaz. Sulh bedeli yüz dirhem ve bir köle olduğuna göre, köleye karşılık olarak elbisenin yarısı yüz dirheme karşılık dâva konusunun yarısı bulunmaktadır.

Kölenin başka birisine ait olduğu ortaya çıktığında da aynı şekilde dâvacı buna karşılık olan dâvanın ve elbisenin yarısı oranında başvurma hakkına sahip olacaktır.

Elbisenin bir başkasına ait olduğu ortaya çıkarsa evi elinde bulunduran kişi elbisenin, kölenin değeri ve dirhemlere olan oranı miktarında başvurma hakkına sahip olur. Daha sonra ev üzerinde ne kadar iddiada bulunulduğu araştırılır. Eğer bu miktar belli ise zilyede geri döner. Ayrıca elbisenin de değeri bilirkişiler tarafından belirlenir. Bu durumda elbise ile ev üzerinde iddia edilen miktarın değeri eşitse, kölenin ve yüz dirhemin yarısı oranında başvurma hakkına sahip olur.

Çünkü dâva konusu ve elbise dâvacı tarafında bulunmaktadır. Bu bakımdan yüz dirhem ile köle söz konusu iki şeye paylaştırılır. Bu durumda söz konusu şeyler, değeri tam olarak karşılarsa, elbiseye ve yüz dirhemin yarısına karşılık olur. Ama elbisenin başka birisine ait olduğu ortaya çıktığı için elbiseye karşılık olan oranda başvurma hakkı doğacaktır.

Evdeki hakkın miktarı konusunda taraflar anlaşmazlığa düşer ve dâvacı "Evin yarısı benimdir" derken dâvalı, "Hayır, evin onda biri senindir" derse, fazlalığı inkar ettiği için yemin etmesi koşuluyla evi elinde bulunduran tarafın sözü kabul edilir. Sulh akdinde dâva konusunun miktarını belirleme ihtiyacı doğduğunda, fazlalıkla birlikte iddiayı reddeden tarafın (münkir) sözü dinlenir.

Görmez misin bir kimse birisine yüz dirheme buğday satar ve karşılıklı teslim gerçekleştikten sonra alıcı satın aldığı malın kusurlu olduğunu görüp geri verirse ve satıcı "Sana sattığım buğday bir kürr buğday idi" derken alıcı : "Hayır yarım kürr idi" derse, yemin etmesi koşuluyla alıcının sözü dinlenir. Bu olayı yukarıdaki meseleye tanık tutmamızın gerekçesi şudur: İnkar üzerine yapılan sulh akdi dâvacının iddiasına / zannına dayalıdır. Dâvacı ise kendisinin evdeki payını dâvalının verdiği sulh bedeli karşılığında satın aldığını düşünmektedir. Satılan malın miktarı konusunda bir anlaşmazlık ortaya çıkarsa "buğday" meselesinde olduğu gibi alıcının sözü dikkate alınır.

Bir kimse bir köle karşılığında bir evin bazı bölümlerini satın aldıktan sonra kölenin başka birisine ait olduğu ortaya çıkar ve satın aldığı kısımları teslim alan alıcı: Satılan evin üçte biriydi" derken karşı taraf "yarısı satılmıştı" derse, yine evi elinde bulunduran kişinin sözü kabul edilir.

Çünkü taraflar arasındaki anlaşmazlık satılan malın miktarı konusundadır. Kısaca söylemek gerekirse: Alıcı, sözleşme ile satılan malı teslim almış olur. Teslim alınan malın miktarı konusunda herhangi bir anlaşmazlık yaşandığında da malı teslim alanın sözü kabul edilir. Çünkü alıcı teslim almayı tümüyle inkar etseydi yine

[20/156]

onun sözü dikkate alınacaktı. İşte fazlalığın teslim alındığını kabul etmemesi durumunda da onun sözü kabul edilir.

Bir konak, her birinin ayrı ayrı evleri olan üç kişinin elinde bulunsa ve bu evlerin alanı da aynı olsa, bu kişiler bu alanlarda dâvalaşırlarsa her birine ellerinde bulunan evler bırakılır. Boş alan, taraflar arasında eşit olarak paylaştırılır.

Çünkü taraflardan her birinin elinde bulunan bölüm, açık bir şekilde o taraf lehine tanıktır. Açıkça belirli olan durumun (zahir) aksine yeni bir durum ortaya çıkmadıkça, bu açık duruma göre hüküm vermek gerekir. Tarafların boş alan üzerindeki hakları ise eşittir. Çünkü taraflardan her biri söz konusu alanı kendi ihtiyaçları doğrultusunda kullanmaktadır. bu kullanım dolayısıyla bir zilyetlik doğmuştur. İşte bu yüzden o alanın, taraflara eşit şekilde paylaştırılmasına karar verilir.

Faize konu olmayan olaylarda sulh

Fakat mahkeme kararından önce taraflar söz konusu alanın yarısı aralarından birisine, diğer iki kişiye de çeyrek paylar alacak şekilde sulh yapsalar, bu geçerlidir.

Çünkü bu, içinde faiz bulunmayan bir konuda tarafların karşılıklı rızası sonucunda gerçekleşmiş bir sulh akdidir. Dolayısıyla ne şekilde anlaşırlarsa anlaşsınlar geçerli olur.

Taraflardan birisi aralarından birisinin elinde bulunan evin yarısının kendisine verilmesini koşul koyarsa hüküm yine böyledir.

Çünkü bu durumda zilyet[77] belirli bir bedel karşılığı evinin yarısına ait mülkiyetini karşı tarafa devretmiştir. Bu tür bir işlem ise bedel az veya çok olsun geçerlidir.

Bu konak içindeki evlerden birisiyle birlikte bir kişinin elinde bulunurken diğer ev de başkasının elinde bulunuyorsa ve taraflardan birisi "Bu konağın yarısı benim diğer yarısı da senindir" derken diğeri "Hayır tamamı benimdir" diyorsa, söz konusu yerin tamamının kendisine ait olduğunu iddia eden taraf, elinde bulunan kısma ve karşı tarafın elinde bulunan bölümün yarısına sahip olur boş alanda, taraflar arasında eşit şekilde paylaştırılır.

Çünkü karşı taraf yerin tümü üzerinde ortak (şayi) paylı olarak yarı oranda hak sahibi olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla her bir parçanın aynıyla yarısını iddia etmektedir. Söz de evin belirli bir parçasını elinde bulunduran kişinin

---

[77] **Zilyetlik**: Fiilî tasarruf ve hakimiyet, bir malı fiilen el altında bulundurma durumu. Zilyetlik aslî ve ferî olmak üzere iki kısımdır: Bir şeyde onun gerçek sahibi sıfatı ile zilyet olmaya aslî zilyetlik denirken bir irtifak veya rehin hakkı gibi bir hakla mal üzerindeki zilyetliğe ise fer'î zilyetlik denir. Malı bil fiil elinde bulunduran kimseye ise "zilyet" diye isimlendirilir.

sözüdür. Bu kişi de o yerin yarısında iddiada bulunduğuna göre, diğer yarı payla ilgili olarak sadece o yerin tamamının kendisine ait olduğunu söyleyen kişinin iddiası kalmaktadır. Bu konuda kendisiyle çekişen herhangi birisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla karşı tarafın elinde bulunan kısmın da yarısını alacaktır. Boş alan da aynı şekilde her birinin elinde bulunan belirli bir yerdir. Her biri ortak (şayi) paylı olarak bu alana yarı yarıya sahip olur. Konağın yarısını iddia eden, elindeki alanın tamamını iddia etmiştir. Bu konuda kabul edilecek söz de onun sözüdür. Onun için boş alan da yarı yarıya ikisine aittir. Evin tamamını iddia edenin elindeki kısmın yarısını diğeri iddia etmektedir. Başkasının elinde bulunan bir mal, sadece soyut bir iddia sonucu bu iddia sahibi tarafından hak edilemez. Zilyet de evin tamamını iddia etmektedir. İşte bu yüzden söz konusu kişi elinde bulunan bölümün tamamına sahip olur.

Taraflar mahkeme kararından önce iddia konusu yeri yarı yarıya veya üçte bir ve üçte ikilik paylar durumunda bölüşmek üzere sulh akdi yapsalar bu akit geçerli olur.

Çünkü bu durumda belirli bir şey üzerinde tarafların karşılıklı rızaları sonucunda meydana gelen bir anlaşma vardır.

Bu tür bir sulh akdini mahkeme kararından sonra yapmaları da câizdir. Ancak bu, taraflardan her birinin mahkeme sonucunda kendisi lehine hükmedilen kısmı bedel karşılığı diğerine temlik etmesi yoluyla sağlanır.

Taraflardan birisi bu konağın bir evinde otursa ve diğer taraf da bu evin üst katında bulunsa ve bunlardan her biri söz konusu yerin tamamının kendisine ait olduğunu iddia etse, bunlar ellerinde bulunan kısma sahip oldukları gibi boş alanı da yarı yarıya paylaşırlar.

Çok katlı binalardaki kat maliklerinin arsadaki hakları

Çünkü üst kat da alt kat gibi ayrı bir konut (mesken) niteliğindedir. Bu bakımdan alt ve üst katlar, konak (dâr) içinde bulunan biri diğerine bitişik iki ayrı oda gibidir. Daha önce "iki oda ve iki ev" konusunu işlerken, taraflardan her birinin kullanım dolayısıyla zilyetlik kurdukları için ellerinde bulundurdukları bölüme sahip olacaklarını ve boş alanı da yarı yarıya paylaşacaklarını açıklamıştık.

Burada "boş alan, alt katta kalan kişinin hakkıyla aynı cinsten olan bir arazidir. Dolayısıyla öncelikli olarak ona verilmesi gerekir" denemez.

Çünkü zilyetliğin doğması o alanın hak ile aynı cinsten olması ile değil kullanım dolayısıyladır. Üst katta kalan kişi de alt komşusu gibi söz konusu alanı kullanmaktadır.[78]

---

[78] **"Dâr"**: Yurt, konak, bahçeli ev, villa, "Menzil": Ailece konaklanabilen, hayvan vb.'ni de barındıran yer, "Beyt": Gece ailece kalınabilen ev. Tek oda yanında, mutfak, tuvalet de olabilir. Birden fazla katları olursa "Imara" (apartman) denir. "Hücre": Tek oda, "Şukka": Bağımsız daire demektir.

Taraflar gerek mahkeme kararından önce gerekse sonra üst katın ve boş alanın yarısının alt katta kalana ve alt kat ile boş alanın diğer yarısının üst katta kalana bırakılması için bir sulh akdi yapsalar bu sözleşme geçerli olur. [20/157]

Çünkü burada taraflar arasında alt kat ve üst katla ilgili olarak karşılıklı rıza sonucunda gerçekleşen değiş-tokuş esasına dayalı bir işlem söz konusudur. Ayrıca bu sulh akdi ile taraflar katların arsa payına ve bahçe kısmına da yarı yarıya sahip olacaklardır. Dînî hükmün gereği de budur.

İki kişi arasındaki ortak duvarda yapabilecekleri şeyler

İki konak arasında bulunan bir duvarın tamamı üzerinde, konak sahiplerinden her biri; hak iddiasında bulunuyorsa ve her biri bu duvar üzerine kiriş koymuşsa, ancak taraflardan birisinin koyduğu kirişler diğerininkinden fazlaysa, kirişleri az olan taraf bu duvara diğerinin koyduğu kirişlerin sayısına ulaşacak kadar kiriş ekleyebilir.

Çünkü her iki tarafın da bu duvar üzerinde zilyetliği bulunmaktadır. Her ikisi de bu duvarı, üzerine ağırlık koyabilir. Duvar, bu amaçla yapılır. Bir duvar, üzerine üç tane kiriş konulması için yapılmış olabileceği gibi on tane kiriş koymak için de yapılmış olabilir. İşte taraflar, duvar üzerinde eşit derecede zilyet oldukları için, bu duvara yarı yarıya sahip olurlar. Ortaklardan her biri satın alınan bir şeyden yararlanma konusunda kendisini diğer ortakla eşit seviyede tutmama hakkı vardır.

Burada eşitliği sağlamanın iki yolu vardır :

a) Ortaklardan birisine ait olan fazla kirişleri kaldırmak

b) Kendi kirişlerinin sayısını artırmak

Böyle bir yerde fazla kirişleri kaldırmanın mümkün olmadığı açık bir durumdur. Çünkü görünüş (zahir), kazanılmış hakların korunması ve başkalarının hak iddialarının reddi (def) noktasında delildir. Bu bakımdan söz konusu kişi, bu duvarın üzerine ortağına ait kirişlerin sayısı ile eşit olacak kadar kiriş koyma hakkına sahiptir. Ancak bu hüküm, söz konusu duvarın kirişleri taşıyabilecek sağlamlıkta olmasına bağlıdır. Duvar kirişleri taşıyabilecek sağlamlıkta değilse, kirişleri duvar üzerine koymak o duvarı yıkmak anlamına gelecektir. Oysa kişinin ortak olan bir duvarı yıkma hakkı yoktur. Bu meselelerle ilgili geniş açıklamaları ve farklı rivayetleri daha önce "Dâva ve İkrar" konularını işlerken belirttik.

Bu kişilerden hiçbirisinin duvar üzerine bina yapmak, duvara pencere veya kapı açmak gibi hakları yoktur.

Çünkü duvarın aslı taraflar arasında ortaktır. Kapı ve pencere açılması ise duvarın bir bölümünü ortadan kaldırmak anlamına gelir. Ortaklardan birisinin diğerinin rızası olmaksızın duvarı tümüyle ortadan kaldırması mümkün olmadığı gibi, duvarın bir bölümünü yok etmesi de mümkün değildir. Çünkü kapı ve

pencere açmak duvarın sağlamlığını yitirmesine yol açar. Bunun etkileri ise ilk etapta kendisini göstermese bile sonradan ortaya çıkar.

Böyle bir duvarın üzerine yeni bir duvar yapma hakkı da yoktur.

Çünkü bu durumda ortak bir duvarın üzerine ek bir yük/ağırlık konmaktadır. Bu, şüphesiz söz konusu duvara zarar vermektedir. Bir kimse ortağından izin almadıkça ortak olan bir alana duvar yapma hakkına sahip olmadığına göre, duvar üzerine duvar örme hakkına sahip olmaması önceliklidir.

Taraflar, duvarın aslını aralarından birisine bırakmak ve diğer tarafın da kirişleri koyduğu yerlere sahip olup bu duvarın üzerine sınırları belirli bir duvar kurarak, yaptığı duvara da yapacağı üst kat için kirişler koymak üzere anlaşıp sulh akdi yapsalar, bu akit geçerli olmaz.

Çünkü sulh akdi ile, satım ve kira sözleşmeleri sonucunda kazanılması câiz olan şeyler hak edilebilir. Halbuki bu tür şeyler, daha önce de açıkladığımız gibi belirsizlik unsuru taşıdığı için, satım ve kira sözleşmeleri sonucunda kazanılamaz. İşte bu yüzden bunların sulh bedeli olması câiz değildir.

Anılan iki kişi, yıkılmasından endişe edilen bir duvar üzerinde dâvalaşırlar ve ardından duvarı yıkıp üçte biri birisine üçte ikisi de diğerine olacak şekilde bu duvarı yeniden yapmak bu oranlara göre de "masraf yükümlüsü" olup, aynı oranlara göre kiriş koyma hakkı bulunmak üzere sulh akdi yapsalar, bu sözleşme geçerli olur.

[20/158]

Çünkü taraflar karşılıklı rızaları ile satım sözleşmesine konu olması câiz olan bir şey üzerinde ve kendi paylarını da net olarak belirleyerek bir anlaşma yapmışlardır. İşte bu tür şeyler sulh bedeli de olabilir.

Bir kimse başkasının elindeki terası (damı) bulunan bir odada hak iddiasında bulunur ve taraflar odanın aralarından birisine, terasın da diğerine olması noktasında bir sulh akdi yaparlarsa bu akit geçerli olmaz.

Çünkü odanın damı üzerinde başka bir yapı bulunmamaktadır. Böyle bir şeyin satılması ise havanın (boşluğun) satılması olup câiz olmadığı gibi sulh bedeli olması da câiz değildir.

Daha önce dam üzerinde bir yıl süreyle oturma karşılığı yapılan sulh akdinin câiz olduğunu belirtmiştik. Buradaki hükmü "etrafı duvarla çevrili dam" şeklinde yorumlayanlar iki olayın birbirinden farklı olduğunu açıklamaya ihtiyaç duymamışlardır. Fakat bu farkı şu şekilde açıklayabiliriz; incelemekte olduğumuz olayda sulh bedeli damın yararı değil kendisidir. Bunun üzerinde bir yapı bulunmazsa burası "hava"dan ibarettir. Hava ise satım sözleşmesi ile devredilemediği gibi sulh akdi ile de devredilemez.

Ancak bunun üzerinde başka bir yapı veya bölme bulunsa ve taraflar alt kat aralarından birisine, üst kat ise diğerine kalacak şekilde bir sulh akdi yapsalar, bu sözleşme geçerli olur.

Çünkü iki odadan her birini satım sözleşmesi sonucunda hak etmek câiz olduğu gibi sulh akdinin bedeli olarak hak etmesi de câizdir.

Bir konağın değişik bölümleri bir kaç kişinin elinde bulunsa ve bunlar aralarından birisinin elinde bulunan alt katın çatısına bağlı bulunan bir merdiven üzerinde dâvalaşırlarsa ve bu merdivenin üstü taraflardan birisinin evine giden bir yol ise, merdivenin tamamının alt katı elinde bulunduran kişiye ait olduğuna karar verilir.

Çünkü bu yeri elinde bulundurduğu için görünen durum (zahir) onun lehine tanıktır/delil oluşturur.

Ancak üst katta kalan kişinin kullandığı bu yol hakkı olduğu gibi kalır.

Çünkü görünüşe göre bir malı elinde bulunduran zilyet, başkasının hak iddiasını savuşturabilir. Ancak yeni bir hak meydana getiremez. Üst kat sahibinin bu merdiven üzerinde bir yolu bulunduğunu bildiğimize göre, diğer tarafın, görünen duruma dayanarak onun yol hakkını engelleme yetkisi olamaz.

Nitekim bir kimseye ait bulunan bir duvar üzerinde başka birisinin de kirişleri bulunsa ve bu duvar taraflardan birisinin sahibi bulunduğu binaya ilk bina yapılırken bitişik olsa, tarafların duvar konusunda dâvalaşmaları durumunda, duvarın, kimin binasına bitişikse ona verilmesine karar verilir. Ancak diğer tarafın kirişleri de olduğu gibi bırakılır.

Çünkü söz konusu kişinin açık duruma (zahir) dayanarak diğer tarafın kirişlerini kaldırma hakkı olmaz.

Bu merdivenin bittiği noktada/tepesinde bir pencere (hava deliği/ balkon) bulunsa ve bu pencere de alt kat sahibinin evi üzerinde olup üst kat sahibinin de yolu ise ve öteden beri bu durum böyle biliniyorsa tarafların bu pencere / hava boşluğu üzerinde dâvalaşmaları durumunda pencerenin tamamı alt kat sahibinin olur.

Çünkü burası onun evinin çatısı hükmünde olup kendi elinde bulunmaktadır. Ancak üst kat sahibinin merdiven üzerinden geçiş hakkı olduğu gibi devam eder. Çünkü daha önce de açıkladığımız gibi açık durum (zahir), öteden beri bilinen bu geçiş hakkının engellenmesi için yeterli neden değildir.

Bir kimsenin elinde bulunan zemin kattaki odanın üst katı da başka birisinin elinde bulunsa alt katın tavanı, kirişleri, hasırı ve diğer tavan malzemeleri alt katı elinde bulunduran kişiye ait olur.

Çünkü alt katı elinde bulunduran kişi oda üzerinde hak sahibidir. Bir yerin oda sayılabilmesi için mutlaka tavanı bulunmalıdır. Açık durum, söz konusu odayı

yapan kişinin bunu tavanlı olarak yaptığını gösterir. Üst katı elinde bulunduran taraf ise bunların tamamında barınma hakkına sahiptir. Çünkü açık olan duruma bakarak, öteden beri varlığı bilinen oturma hakkı engellenemez. İşte merdiven ve merdiven bitimindeki pencerenin hükmü de böyledir.

Taraflar ister mahkeme kararından önce olsun ister sonra, merdiven ve pencereyi yarı yarıya paylaşmak üzere sulh akdi yapsalar, bu sulh akdi tarafların karşılıklı rızaları ile yapıldığı için geçerli olur.

Çok katlı bir binanın yıkılması durumunda yapılacak işlem

Bir kimsenin elinde bulunan bir odanın (beyt) üzerindeki oda da başka birisinin elinde bulunsa ve taraflardan her biri diğerinin elinde bulunan bölümün ona ait olduğunu itiraf etse, her iki yapının da yıkılacak duruma gelmesi durumunda tarafların kendi aralarında her biri kendi odasını şu andaki durumu ile yıkacak şekilde sulh akdi yapmaları geçerli olur.

[20/159]

Çünkü burada taraflar İslam Hukuk kurallarına uygun bir şey üzerinde sulh akdi yapmışlardır. Çünkü her iki tarafın da yine bu kurallar gereği kendi mülkünü tamir etme yetkisi vardır.

Yalnız bu durumda alt kat sahibine binasını yapması emredilir.

Çünkü o alt kattaki binayı yıkmıştır. Alt kat sahibi herhangi bir koşul bulunmaksızın söz odasını yıkmış olsaydı, üst kat sahibinin hakkı nedeniyle yeni bir bina yapması için zorlanacaktı. İşte bir koşul bulunması durumunda yeni bir bina yapması öncelikle gerekecektir.

Ancak alt katın kendiliğinden yıkılması durumunda alt kat sahibi yeni bir bina yapmaya zorlanmaz.

Çünkü o kişi böyle bir durumda üstlenmek istemediği bir takım masraflarla yüz yüze gelecektir. Fakat üst kat sahibi önce alt katı ardından da bunun üzerine üst katı yapabilir. Ancak binanın değerini ödeyinceye kadar alt kat sahibinin burada oturmasına engel olma hakkı vardır. Bu mesele ile ilgili ayrıntıları daha önce "Dâva" konusunda açıklamıştık.

Bir kimsenin arazisindeki ağaçların dallarının başkasının arazisine geçmesi

Bir kimsenin arazisindeki hurmalıkta bulunan ağaçların dalları başka birisinin arazisine sarkacak olursa bu kişinin dalları kesme hakkı vardır.

Çünkü bu dallar, ona ait olan arazinin hava boşluğunu işgal etmektedir. Şayet bu kişinin arazisinin aslını işgal etmiş olsaydı bu kişinin "arazisinin boşaltılmasını" isteyecekti. İncelemekte olduğumuz olay da bunun gibidir. Ancak bu kişi, hurmalık sahibi, hurma dallarının arazisine taşmasını engellemiyorsa, onları kesme imkânına sahiptir. Ama taşmayı önleyebilecek durumdaysa karşı taraf, hurmalık sahibine onu önlemesini emreder. Çünkü onun amacı mülkiyetindeki arazinin hava boşluğunun boşaltılmasıdır. Bu amaç da açıkladığımız yolla gerçekleşir. Dalları kesip de hurmalık sahibine zarar vermek değildir.

Hurmalık sahibi, hurma dallarının olduğu gibi bırakılması için belirli bir para dirhem karşılığı sulh yapsa bu akit geçerli olmaz.

Çünkü satım ve kira sözleşmesi ile başka birisinin mülkiyetinde bulunan malın hava boşluğu hak edilemeyeceği gibi, sulhla da hak edilemez. Çünkü bu, bedel karşılığı hava boşluğunun bir kısmını devretmek anlamına gelir. Hava boşluğunun ölçüsü ise dallar devamlı uzadığı için belirli değildir.

Bir topluluk ellerinde bulunan ırmağı temizlemek veya üzerine köprü kurmak ve masrafı da paylarına göre karşılamak üzere sulh yapsalar, bu sözleşme geçerlidir.

Çünkü topluma bir zarar söz konusu olduğunda, bu topluluk yukarıdaki konularda sulh akdi yapmamış olsaydı, bunları yapmaları için zorlanacaklardır. Çünkü zararın her durumda ortadan kaldırılması gerekir. Herhangi bir zorlama olmaksızın böyle bir sulh akdi yapmaları cevaz hükmüne daha yakındır.

Irmağın bulunduğu durum üzere bırakılması durumunda toplum için bir zarar doğmuyorsa, köprü ve geçit kurulması noktasında yine zorlanmazlar.

Çünkü bu, mülkiyet üzerinde yapılacak bir kullanımdır. Maliklilerin kararına düşüncesine bırakılmıştır. Bu topluluk genel bir zarar söz konusu olduğunda bu tür bir kullanımına zorlanır. Ama böyle bir zarar söz konusu değilse zorlama da olmaz.

Nehrin tamizlenmesi (kazılması) için ise onlar zorlanır.

Çünkü başka insanların da sulama hakkı bulunduğu için temizleme işleminin terk edilmesi durumunda genel bir zarar ortaya çıkacaktır. Söz konusu hakkın yani ırmağın yararına malik olmanın yolu ise onu temizlemektir. Bu bakımdan devlet başkanı (veya yetkili makamın) ırmağa sahip olan ortakları, onu temizlemeye zorlama hakkı vardır. Bu meseleyle ilgili bilgileri "Sulama Hakkı (Kitabu'ş-şirb)" konusunu işlerken açıklamıştık.

Bir kimse, bir başkasının arazisinde bulunan ekinin kendisine ait olduğunu iddia eder ve bu iddiasından bir miktar para karşılığı sulh yaparsa, bu sözleşme geçerli olur.

Çünkü bu, inkar üzerine yapılmış bir sulhtur. Daha önce de açıkladığımız gibi dâvacı, sadece iddia etmekle, iddiasına karşılık bedel almayı hak eder.

Dâvalı, dâvacının bu iddiasını kabul etmeyip ona karşı çıkarsa bu karşı çıkış nedeniyle dâvacının hakkı ortadan kalkmaz.

Çünkü bu, dâvacının hakkını kaldıracak bir delil değildir.

Olgunlaşmamış ekinde sulh

Ekin henüz olgunlaşmadan yarısını satmak câiz olmasa da ekinin yarısı üzerindeki bir iddia dolayısıyla böyle bir sulh akdi yapmak da câizdir.

[20/160]

Çünkü ekini bu şekilde satmanın câiz olmamasının nedeni satıcının teslim konusunda zarara uğrayacak olmasıdır. Halbuki incelediğimiz olayda böyle bir şey söz konusu değildir. Ayrıca bu olayda ekinin diğer yarısı arazi sahibine kalacaktır. Ekinin yarısını henüz olgunlaşmadan kendi ortağına satması ise câizdir.

Ekili olan bir arazi iki kişinin ortak mülkü olsa ve başka birisi bu ekinin kendisine ait olduğunu iddia etse, arazi sahipleri söz konusu iddiayı reddettikten sonra içlerinden birisi, ekinin yarısını yüz dirhem karşılığında dâvacıya bırakmak üzere sulh yapsa bu sözleşme geçerli olmaz.

Çünkü bu durumda dâvalı, kendi ortağı olmayan üçüncü bir kişiye ekinin yarısını henüz olgunlaşmadan bedel karşılığı vermektedir. Böyle bir işlem ise geçerli değildir. Ayrıca ekinin ve arazinin yarısı bunları elinde bulunduran diğer kişiye aittir. Bu sulh akdini geçerli kabul edersek ekinin yarısı sulh yapan kişiye ait olacaktır. Bu durumda akdi yapan kişi ekini sökmeye ve diğer tarafın arazisini boşaltmaya zorlanacaktır. Bu da ekinin tamamını toplamak/sökmek yoluyla olur. Ancak bu durumda diğer ortağın zarar göreceği şüphesizdir. Satım sözleşmesinde de hüküm böyledir.

Hurma ağacı ve başka tür ağaçlar iki kişi arasında ortak olup, bunlardan birisi kendi payını, ortağından başka birisine satsa hüküm yine böyledir; sözleşme geçerli olmaz. Bu mesele ile ilgili ayrıntıları "Şuf'a" konusunu işlerken "Bina" bölümünde açıklamıştık. İşte hurma ve diğer ağaç türleri ile ilgili hüküm de bunun gibidir.

İddia edilen malın bir bölümünün yararı karşılığında sulh

Bir kimse, başka birisinin elinde bulunan konağın damının kendisine ait olduğunu iddia etse ve söz konusu konağın belirli bir odasında on yıl süreyle oturma karşılığında bu iddiasından vazgeçmek üzere sulh yapsa, bu sulh geçerlidir.

Çünkü burada süre belirlendiği için üzerinde anlaşılan sulh bedeli de belirli bir yarardır / menfaattir.

Bu odada oturma hakkı kazanan kişinin, o odayı sulh akdi yaptığı kişiye kiraya vermesi Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre câiz iken Muhammed (rh.a.)'e göre câiz değildir. Bu hüküm konusundaki farklı görüşlerin nedenini önceki bölümde geçtiği üzere şu şekilde açıklayabiliriz:

Sulh bedelinin, sulh yapılan kişiye kiraya verilmesi

Muhammed (rh.a.)'e göre söz konusu yararın sulh akdi ile kazanılması kira sözleşmesi ile kazanılması gibidir. İşte bu yüzden o: "sulh akdi, kira sözleşmesi gibi taraflardan birisinin ölmesi ile geçersiz duruma gelir. Ayrıca kiracının, kiraladığı şeyi yeniden mal sahibine kiraya vermesi câiz değildir. İncelemekte olduğumuz olayda da sulh yapan kişinin, oturma hakkı elde ettiği odayı sulh akdi yaptığı kişiye kiraya vermesi câiz değildir.

Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre ise dâvacının bu yararı hak etmesi akitle değil, kendi zannına dayalı olarak doğan mülkiyeti dolayısıyladır. Bu bakımdan sulh akdi yaptığı

kişi dışında üçüncü bir kişiye kiraya vererek bu mülkiyetine karşılık bedel alması câiz olduğu gibi sulh akdi yaptığı kişiden de bedel alma yetkisine sahiptir. İşte bu yüzden Ebû Yusuf (rh.a.): "Söz konusu kişinin mirasçısı, hak sahibinin ölümünden sonra bu yararın elde edilmesi noktasında onun yerine geçer. Dolayısıyla taraflardan birisinin ölmesi durumunda sulh akdi geçersiz duruma gelmez" demiştir.

Yine Muhammed (rh.a.)'e göre "konağı elinde bulunduran kişi odayı kiralasa ve bu odayı da sürenin dolmasına kadar elinde bulundursa kira ücreti ödemesi gerekmez. Ancak sulh akdi geçersiz olur. Akit konusunun kendi sorumluluğunda iken yok olması nedeniyle dâvacının açtığı dâva yeniden görülür.

"Odada oturma hakkı kazanan kişinin bu hakkı satması câiz değildir. Bu ortaklaşa kabul edilen bir görüştür. Çünkü "satmak (bey')" sözcüğü ile malın çıplak mülkiyeti devredilir. Çıplak mülkiyete sahip olmak ise, yarara sahip olmanın nedenidir. Bu bakımdan "bağış (hibe) ve satmak (bey') sözcükleri kullanılarak yapılan nikah akdinin geçerli oluşu gibi, yarar mülkiyetinin devredilmesi için "satmak" sözcüğünün mecazi olarak kullanılmasının da câiz olması gerekir.

Âlimlerimizden bir kısmı (rh.a.) bu meselenin yorumunun şu şekilde olduğunu zannetmişlerdir : "Satmak " sözcüğü barınma (süknâ) konusunda mutlak olarak kullanılıp, süre de belirtildiği zaman hüküm böyledir. Ancak "kiralamak (icâre)" sözcüğünün açıkça (sarih) kullanılması durumunda olduğu gibi süre belirtilmemişse sözleşme geçersiz olur."

"Bana göre, Muhammed (rh.a.)'in *"el-Asl"* adlı kitabında belirtildiği gibi konuyla ilgili hükmün (barınma hakkının satılamayışının) mutlak (herhangi bir kayda bağlı olmaksızın) olması şeklindeki görüş daha doğrudur. Burada oturma (süknâ) hakkının satılmasının geçersiz olmasının nedeni akit konusunun ortada bulunmamasıdır. Satmak sözcüğünün mecazi olarak kiralamak sözcüğü yerine kullanılmasının geçersiz oluşu değildir. Çünkü o sırada yarar (barınma) ortada bulunmayıp bunun var edilmesi insanın gücü dahilinde değildir. Akdin var olmayan bir şeye bağlanması mümkün olamaz. Fakat din bağlanılabilmesi bakımından var olanı yani kullanılan konağı, yararın yerine geçirmiştir. Ancak satmak sözcüğü konağa bağlanacak olursa bu, konağın aslına ait mülkiyetin devredilmesi anlamına gelirken, yarara bağlanacak olursa, ister "kiralamak" ister "satmak" sözcükleri kullanılsın, olmayan bir şey (mâdûm) akdin kendisine dayandırılması için konu değildir. Hatta özgür bir kimse, birisine "şu işi yapmak üzere kendimi sana şu kadar bedel karşılığı sattım" derse bu geçerli bir hizmet sözleşmesi (icâre) olur. [20/161]

İşte bunun gibi, konağı elinde bulunduran kişi barınma hakkı üzerine yapılan sulh akdinden vazgeçip bir miktar para karşılığı dâvacı ile yeni bir sulh akdi yapsa bu akit geçerli olur.

Çünkü başlangıçta bu şekilde bir miktar para karşılığı sulh akdi yapmak câiz olduğu gibi, belirli barınma hakkı karşılığı sulh akdi yaptıktan sonra bunu paraya çeviren yeni bir akit yapmak da câizdir.

Bu hüküm Ebû Yusuf (rh.a.)'un kabul ettiği temel prensibe göre açıktır. Çünkü ona göre söz konusu kişinin barınma hakkını para karşılığı kiralaması câiz olduğu gibi sulh akdi yapması da câizdir.

Muhammed (rh.a.) ise şöyle demektedir : "Sulh akdini, hakkı düşürerek geçerli duruma getirmek (tashih) mümkün iken, kira sözleşmesini (icâre) ancak mülkiyeti devretme yoluyla geçerli duruma getirmek mümkün olmaktadır. Bir kimse bir yarara bir bedel karşılığı sahip olabildiği gibi, onu bedel karşılığı başkasına vermeye de (temlik) sahiptir.

Sulh bedeli olan paranın, başka bir cins para ile değiştirilmesi

Dirheme (gümüş paraya) karşılık dinarla (altın parayla) sulh yapıp, dinarı teslim almak câizdir.

Çünkü sulh bedeli eğer para ise, satış bedeli (semen) gibi değerlendirilir. Satış bedelini ise teslim gerçekleşmeden önce değiştirmek câizdir.

Ancak bu durumda taraflar birbirinden ayrılmadan önce dinarların teslim alınması koşulu aranır.

Çünkü bu şekildeki bir sözleşme sarf akdi olur. Ayrıca teslim gerçekleşmeden önce taraflar birbirlerinden ayrılacak olurlarsa her iki bedelin de vâdeli olduğu bir sözleşme (borcu borca karşılık satma) sonucunda ayrılık meydana gelmiş olur.

Dâvacı dinarların bir kısmını teslim almışsa, sözleşme teslim alınan para oranında geçerli olurken, kalan dirhemler tutarında başvurma hakkı doğar. Burada parça bütüne kıyaslanır.

"Dâvacının, sulh yoluyla malı elinde bulunduran kişinin lehine, o malın ona ait olduğuna dair ikrarda bulunması, bu sulh akdinin herhangi bir şekilde geçersiz olması durumunda yeniden dâva açmasına engel oluşturmaz.

Çünkü daha önce de açıkladığımız gibi ikrar eğer sabitse buna bağlı olarak sulh akdi de sabit olur. Bir şeye bağlı olarak sabit olan şey, onun varlığına bağlı olarak devam eder. Onun ortadan kalkması ile de ortadan kalkar. Satım akdi kapsamında, hoşgörülü davranarak (muhâbât) vasiyette bulunmak bu niteliktedir.

Ancak malı elinde bulunduran kişi sulh akdi sırasında dâvacı lehine ikrarda bulunmuşsa, sulh akdinin geçersiz duruma gelmesi durumunda söz konusu malın dâvacıya geri verilmesi gerekir.

Çünkü bu, sonuç vermesi amaçlanan (maksut) bir ikrardır. Sulh akdi tamamlanmadan önce, gereğini uygulamak gerektiği gibi sulh akdi geçersiz duruma geldikten sonra da buna göre uygulama yapmak gerekir.

Sulh bedelinin alınmadan önce satılması

"Başkasına ait olduğunun anlaşılması durumunda karşı tarafa değeri tutarında başvurabilme hakkı kazandıran her sulh bedelini; mehir, muhâla'a (bedel karşılığı boşama) bedeli ve kasten öldürme durumunda yapılan sulh akdinde olduğu gibi teslimden önce satmak câizdir.

Çünkü bu durumda kişinin mutlak mülkiyetinde yaptığı kullanım bakımından kendisinden kaçınılması mümkün olan bir garar (belirsizlik) bulunmamaktadır. Çünkü bu kişinin mülkiyeti, (malın) telef olmasıyla geçersiz olmaz. Mülkiyet malın değerine dönüşür.

Yalnız açılan dâvanın yeniden görülmesi sonucunu doğuran sulh bedellerinin her türlüsü, teslim alınmadan önce satılamaz.

Çünkü satım sözleşmesinde olduğu gibi bu durumda da mutlak mülkiyette, kullanım bakımından garar unsuru bulunmaktadır. Teslim gerçekleşmeden önce taşınmaz malların satılıp satılamayacağı konusunda bilinmekte olan farklı görüşleri daha önce "Satım Sözleşmesi" konusunda açıklamıştık. İşte böyle bir şeyin sulh bedel olması durumunda da hüküm böyledir.

[20/162]

Bir kimse başka birisinin elinde bulunan bir ev üzerinde hak iddiasında bulunur ve bu iddiasından vazgeçip karşılık olarak iki köle almak üzere sulh akdi yaparlar sonra da kölelerden birisini teslim aldığı halde diğer köle henüz dâvalının elinde iken ölürse dâvacı şu seçeneklerden istediğini seçme (muhayyerlik) hakkına sahip olur;

a) Teslim aldığı köleyi geri verip yeniden açtığı dâvaya dönmek.

b) Bu köleyi elinde tutup ölen kölenin payı oranında dâvalıya başvurmak

Çünkü henüz teslim gerçekleşmeden ve sözleşme tamamlanıp bağlayıcılık kazanmadan önce pazarlık (sözleşme) bölünmüştür.[79] Sözleşmenin tamamlanması ise teslimin gerçekleşmesine bağlıdır. Daha önce de açıkladığımız gibi inkar üzerine yapılan sulh akdi dâvacının iddiasına dayanır. Bu mesele bu açıdan, bir kimsenin iki köle satın alıp, teslim gerçekleşmeden önce birisinin ölmesine benzer.

Sulh bedelinin veya sulh yapılan malın tesliminden önce ayıplı duruma gelmesi

Bir kimse bir arazi üzerinde hak iddiasında bulunduktan sonra, bu iddiasından başka bir arazi karşılığı vazgeçmek üzere ikrara dayalı sulh akdi yapsa ve sulh yapılan bu araziyi su bassa, dâvacı ya bu duruma razı olur, ya da su basması sonucunda arazide eksilme olmuşsa onu bırakır.

Çünkü sulh yapılan mal, satılan mal (mebî') gibi değerlendirilir. Sulh bedeli ise burada teslimden önce kusurlu duruma gelmiştir.

---

[79] **Teferrukü's-safka:** Bir sözleşme ile satın alınan çeşitli malların birbirinden ayrılması.

Dâva konusu olan araziyi, sulh akdi yapan dâvacı bu araziye ulaşmadan önce su basmış ve söz konusu arazide bir eksiklik meydana gelmişse dâvacı yine seçimlik (muhayyerlik) hakkına sahiptir.

Çünkü ikrar üzerine yapılan sulh akdi tümüyle bedelli bir sözleşmedir; burada dâvalı dâva konusu malın satın alıcısı konumundadır. Mal da teslim gerçekleşmeden önce kusurlu duruma geldiği için seçimlik hak da doğacaktır.

Ancak sulh akdi inkar üzerine yapılmışsa dâvacının seçimlik hakkı bulunmaz.

Çünkü dâvacının zannına göre, dâvalı dâvayı inkar etmek suretiyle gasp eden konumuna düşmüştür. Ve o sulh akdi ile, o malın satın almış ve bu satın alışla malı teslim almış gibidir. Mal da bundan sonra ayıplanmıştır.

Bir kimse bir konak sahibinin vasiyet etmesi sonucunda, söz konusu konağın bir yerinde barınma hakkına sahip olduğunu iddia etse ve konak sahibi de bu iddiayı kabul veya reddettikten sonra dâvacı herhangi bir şey karşılığında bu iddiasından vazgeçmek üzere sulh akdi yapsa, barınma kendisine vasiyet edilen kişi burayı kiraya veremese de sözleşme geçerli olur.

Çünkü sulh akdini, bir bedel karşılığı hakkı düşürmek yoluyla geçerli duruma getirmek mümkündür. Bu konuda temel kural şudur : "Eğer mümkünse sulh akdi bedelli bir işlem (muvâzaa) yoluyla geçerli kılınır. Bu mümkün değilse, sözleşmeyi geçerli kılmanın yolu, iddia edilen bin dirhemden vazgeçip, beş yüz dirhem karşılığı sulh akdi yapmakta olduğu gibi hakkı düşürmektir."

Böyle bir durumda başka bir konağın barınma hakkını sulh bedeli olarak belirleyip yapılan sözleşme de böyledir. Mülkiyeti devretme (temlik) yoluyla bu sözleşmeyi geçerli duruma getirmek mümkün olmadığı için, "hakkı düşürme (iskat)" yoluna başvurulur. Çünkü oturma hakkının birbiriyle değiştirilmesi câiz değildir.

Bir kimse birisinin elinde bulunan konağın kendisine ait olduğunu iddia etse ve zilyet ile bir kürr (yığın) buğday daha vermesi koşuluyla belirli bir miktar para veya bir hayvan karşılığı sulh yapsa, fakat zilyedin yanında buğday bulunmasa, bu sözleşme geçerli olmaz.

Çünkü üzerinde sulh akdi gerçekleşen şey, mebîdir (satılan maldır). Bir kimsenin yanında bulunmayan bir malı satması câiz değildir. Görmez misin bir kimse birisine bir miktar para karşılığı bir köle satsa ve alıcının köleyle birlikte bir miktar buğday almasını da koşul koysa, fakat yanında buğday bulunmasa satım, sözleşmesi aynı gerekçeyle geçerli olmaz.

Bir kimse başka birisinin elinde bulunan bir konakta yol hakkı iddiasında bulunsa ve konak sahibi ile bir miktar para veya başka bir

konaktaki yol hakkı karşılığı bu iddiasından vazgeçmek üzere sulh yapsa; yolun satım konusu mal (mebî) gibi olduğu açıklandıktan sonra sözleşme geçerli olur.

Bir kimsenin komşusu ona ait odanın kapısından veya penceresinden rahatsız olduğu iddiasıyla dâva açsa, fakat bu dâvasından bir miktar para karşılığı vazgeçerek sulh yapsa, bu sözleşme geçersizdir. Oda sahibi kapı veya penceresini olduğu gibi bırakma hakkına sahiptir.

Çünkü gerek kapı gerekse pencere başka birisinin mülkiyetinde bulunmaktadır. Bunu şu şekilde açabiliriz: Kapı ve pencere duvarının bir bölümünü kaldırmak suretiyle açılır. Duvar ise tümüyle onun mülkiyetinde bulunmaktadır. Mal sahibi duvarın tümünü ortadan kaldırdığı zaman komşusunun onu engelleme hakkı bulunmadığı gibi, bir kısmını yıktığı zaman da bu hak bulunmaz. Bu da göstermektedir ki, komşu mal sahibine zulüm (haksızlık) etmekte ve boş (batıl) bir iddiada bulunarak, yaptığı haksızlıktan vazgeçmek karşılığında mal almaktadır. Böyle bir şey de haram olduğu için dâva reddedilir.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

[20/163]

ŞUF'A HAKKI KONUSUNDA YAPILAN SULH AKDİ

Şuf'a hakkına karşılık yapılan sulh çeşitleri

Daha önce "Şuf'a(önalım) Hakkı" konusunu işlerken şuf'a hakkı sahibinin alıcı ile yaptığı sulh akdinin üç çeşit olduğunu belirttik:

a) Geçerli sulh akdi : Satış bedelinin (semen) yarısı karşılığında konağın yarısını almak üzere yapılan sulh akdidir.

b) Sulh akdi geçerli olmamakla birlikte şuf'a hakkının da düşmediği şekil: Satış bedelinin bir payı karşılığında konaktaki belirli bir odayı almak üzere yapılan sulh akdidir. Burada söz konusu pay belirli olmadığı için sözleşme geçerli değildir. Ancak burada şuf'a hakkı düşmez. Çünkü bu sulh akdi ile şuf'a hakkına dayanarak malı alma isteğinden vazgeçme söz konusu değildir.

c) Şuf'a hakkı düşmesine rağmen karşı tarafa ödeme sorumluluğu yüklemeyen sulh akdi: Alıcıdan (müşteri) alınacak mal karşılığında şuf'a hakkından vazgeçmek üzere yapılan sulh akdidir. Burada şuf'a hakkı yok olur. Burada hak sahibi şuf'a yoluyla taşınmazı alma isteğinden vazgeçmiştir. Karşı tarafın ödeme yükümlülüğü de doğmaz. Çünkü yapılan sulh akdiyle alıcının konak üzerindeki mülkiyeti değişikliğe uğramaz; sulh akdinden önce bulunduğu durum üzere kalır. "Şuf'a hakkından vazgeçmek" bir mal olmadığı gibi, mal olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bu yüzden "şuf'a hakkından vazgeçme" karşılığında bedel olarak mal almak, "kısas hakkından vazgeçmenin" aksine câiz değildir. Katilin canı, "kısas hakkına sahip olan veliler" hakkında mubahtır. Fakat sulh akdi ile katil

dokunulmazlık kazanır ve buna karşılık bedel ödeme yükümlüsü olması da câiz olur.

Alıcı, şuf'a hakkı sahibi ile, söz konusu konağı vermesi ve satış bedeline ek olarak belirli bir şey almak üzere sulh akdi yapsa bu sözleşme geçerli olur.

Çünkü mahkeme kararı olmaksızın, şuf'a yoluyla konağın bedelinin karşılığı hak sahibine teslim edilmesi, yeni bir satım sözleşmesi olur. Tarafların karşılıklı rızaları sonucunda üzerinde anlaştıkları satış bedeli ise belirlidir. Bu bakımdan alıcı, konağı murabaha yoluyla (kârlı olarak) üzerinde anlaştıkları bedel karşılığı satmış gibi olur.

Şuf'a hakkı konusunda ortak ile komşu dâvalaşıp sonuçta konağı yarı yarıya almak üzere sulh akdi yapsalar ve alıcı konağı onlara teslim etse, başlangıçta söz konusu konağı onlara satması durumunda olduğu gibi bu sözleşme de geçerli olur.

Bir kimse bir konak satın aldıktan sonra başka birisi konağın bir bölümünün kendisine ait olduğu iddiasıyla onunla dâvalaşıp kalan bölüm için de şuf'a hakkına dayanarak istemde bulunsa sonra da alıcı, karşı tarafın dâvasından vazgeçmesi koşuluyla konağın yarısını satış bedelinin yarısı karşılığında vermek üzere sulh akdi yapsa, bu sözleşme geçerli olur.

Çünkü konağın yarısını satış bedeli karşılığı başlangıçta satmak geçerli olduğu gibi, dâvadan vazgeçme koşulu satış sözleşmesini geçersiz duruma getirmez.

Ancak böyle bir koşul ileri sürülmemişse, dâvacının bu yarı payın bir bölümüne sahip olmasını sağlayacak bir akit yoluyla yukarıdaki işlemin geçerli duruma getirilmesi mümkündür. Bu durumda dâvacı başlangıçta satın alma yoluna başvurarak yarı payın bir bölümüyle ilgili iddiasından vazgeçerken, asıl iddiada bulunduğu bölümü kendi hakkı olarak teslim alacak ve bunu aşan kısmın da andığı bedel karşılığı alıcısı olacaktır. Ya da iddiada bulunduğu bölüm üzerinde, ödeyeceği bedel karşılığı sulh akdi yaparken kalan kısmın da alıcısı olacaktır.

Bir kimse birisinin elinde bulunan konağın bir kısmında veya tamamında hak iddiasında bulunsa ve ardından bir miktar para karşılığında iddiasından vazgeçmek üzere sulh yapsa, konak üzerinde şuf'a sahiplerine şuf'a hakkı olmaz.

Çünkü dâvalı, konak üzerindeki mülkiyetinin önceliği (kıdem) esasına dayanarak söz konusu konağın kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Dâvalı kendi elinde bulunan malla ilgili bu iddiası dikkate alınır. Dâvacı, dâvalının iddiası dikkate alındığı için onun elinde bulunan malı alma imkânına sahip olmadığı gibi, şuf'a hakkı sahibinin de böyle bir hakkı yoktur. Zaten daha önce de açıkladığımız gibi dâvalının sulh akdi yapmaya yönelmesi, konağın dâvacıya ait olduğunu itiraf

etmesi anlamına gelmez; sadece yemin etme sorumluluğundan kurtulmak için bedel ödeme yükümlülüğü üstlenmiştir.

Alıcı, şuf'a hakkı konusunda karşı tarafla dâvalaşsa ve ardından sulh bedeli olarak anlaştıkları fiyatın yarısı karşılığında konağın yarısını dâvacıya teslim etse, bu işlem konağın yarısını başlangıçta satması durumundaki gibi geçerli olur. [20/164]

Bir kimse bir konak satın aldıktan sonra şuf'a hakkı sahibi bu haktan vazgeçip, ardından bunu inkar etse ve alıcıyla dâvalaşıp satış bedelinin yarısı karşılığında konağın yarısını vermesi koşuluyla sulh akdi yapsa, bu sözleşme geçerlidir. Bu olayla normal koşullarda yapılan yeni bir satış sözleşmesi eşittir.

Şuf'a hakkı sahibi öldükten sonra, mirasçıları alıcı ile satış bedelinin yarısı karşılığında konağın yarısını almak üzere sulh akdi yapsalar, yeni bir satış sözleşmesi gibi bu sözleşme de geçerli olur.

Bir kimse bir konakta şuf'a hakkı iddiasında bulunsa ve alıcı, dâvacı ile ondan alacağı belirli miktarda dirhem karşılığı başka bir konak vermek üzere sulh akdi yapsa ve bununla birlikte şuf'a hakkından da vazgeçmesini koşul koysa sözleşme câiz olmayan geçersiz bir sözleşme olur.

Çünkü alıcı burada karşı tarafa başka bir konak satmakta ve şuf'a hakkından vazgeçmesi koşulunu ileri sürmektedir. Bu koşul ise akdi yapan taraflardan birisine yarar sağladığı için akdi bozar. Bu, şuf'a hakkı sahibine bu hakkından vazgeçmesi koşuluyla, bin dirhem karşılığında bir köle satmaya benzer.

Bir kimse bir köleyle ilgili olarak şuf'a hakkı iddiasında bulunsa ve alıcı onunla taraflarca bilinen satış bedelinin yarısı karşılığında kölenin yarısını teslim etmek üzere sulh akdi yapsa bu sözleşme geçerli olur.[80]

Çünkü bu, normal koşullarda yapılan bir satış sözleşmesidir. Satış sözleşmesi ise "teslim" sözcüğü ile meydana geldiği gibi sözcük kullanılmasa bile "teslim" eyleminin gerçekleşmesiyle de meydana gelir. Nitekim Hanefilere göre teâti yoluyla (sözsüz olarak) fiilen yapılan alış-verişler, satış sözleşmesinin geçerli olarak meydana gelmesi için yeterlidir.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

GEÇERSİZ SULH AKDİ

Bir kimse bir ev üzerinde hak iddiasında bulunsa sonra ve zilyet dâvacı ile veresiye olarak ödemek koşuluyla bir köle karşılığı sulh yapsa bu sözleşme geçersizdir.

---

[80] Burada kölenin satışındaki şuf'adan bahsedilmektedir. Köle taşınır. Oysa şuf'a hakkı taşınmazlarda söz konusudur. Burada bir yanlışlık olsa gerek. Ancak kitapta şuf'aya konu olan mal "köle" olarak geçmektedir.

Sulh bedelinin belli olmaması durumunda sulh

Çünkü inkar üzerine yapılan sulh akdini geçerli saymak, dâvacının iddiasına dayalı olarak gerçekleşir. Dâvacının iddiası, herhangi bir köleyi bir bedel karşılığı mülkiyetine geçirdiği doğrultusundadır. Böyle bir işlem ise geçersizdir.

Bu noktada "canlı varlıklar (hayvan), nikah ve muhâla'a (bedel karşılığı boşama) gibi, bedel konusunda genişlik esasının benimsendiği sözleşmelerde zimmet borcu şeklinde sabit olurlar. İnkar üzerine yapılan sulh akdi de aynı niteliktedir" denilirse; şu cevabı verebiliriz: "Hayır durum bu şekilde değildir. hayvan mal olan bir şeyin bedeli olarak zimmet borcu olarak sabit olmaz. Ancak mal olmayan bir şeyin bedeli olarak zimmet borcu olur. Görmez misin özgür bir kadının karnındaki cenin (bebeğin) düşürülmesi durumunda İslam Hukuku'na göre gurre[81] adı altında bir tazminat verilmesi gerektiği halde, câriyenin karnındaki cenin için böyle bir tazminat gerekmez. Çünkü mal olmayan bir şeye malın karşılık tutulması gerçek anlamda (zimmet borcu olarak) sabit olmaz, aksine canlı varlık ile değer arasında bir ikilem taşır. Halbuki mal olan bir şeye karşılık tutulması durumunda bunun zimmet borcu olarak sabit olması mümkün olmaz. Ayrıca inkar üzerine yapılan sulh akdi, sulh bedeli konusunda genişlik esasına dayanmaz. Görmez misin hayvanlar, niteliklerinde belirsizlik olması durumunda zimmet borcu olarak sabit olmadığı gibi, az (yesir) ve çok (fahiş) kusur[82] bulunması durumunda geri verilebilmektedir. İşte aynı şekilde canlı varlıklar sulh akdinde de zimmet borcu şeklinde sabit olmaz.

Dâvalı taraf hakkın miktarını belirtmeksizin dâvacının hakkı için sulh akdi yapsa, karşı taraf lehine hak ikrarında bulunmuş olur. Bu durumda hakkın miktarıyla ilgili olarak dâvalının sözü dikkate alınır.

Çünkü dâvalı, burada "falanın üzerimde hakkı bulunmaktadır" demiş olması durumundaki gibi, fazlalığı inkar etmektedir.

Dâvalı, dâvacı ile açtığı dâvaya karşılık sulh akdi yapsa, bu bir ikrar sayılmaz.

Çünkü açılan dâva doğru olabileceği gibi gerçek dışı da olabilir. Görmez misin söz konusu kişi "falanın benimle ilgili olarak bir dâvası bulunmaktadır" dese "falanın üzerimde hakkı vardır" demesinin aksine karşı taraf lehine bir ikrarda bulunmuş olmaz.

[20/165]

---

[81] **Gurre / الغُرَّة:** Düşürülen bir ceninden dolayı verilmesi gereken mali tazminat. Gurre, bir köle veya cariye ya da tam diyetin yirmide biri oranındaki malî bir cezadır. Hanefilere göre beş yüz, Şâfîîlere göre ise altı yüz dirhem gümüş olarak miktarı belirlenmiştir.

[82] **Az (yesir) ayıp:** Bilir kişiler tarafından malın değeri üzerinde herhangi bir azaltıcı etkisi bulunmadığına karar verilen az kusurdur.

Çok (fahiş) ayıp: Bilirkişilerin malın değeri üzerinde azaltıcı etkisi bulunduğuna karar verdikleri çok kusurdur.

Hasat (ekin biçme) zamanına kadar ödenmek üzere belirli miktarda dirhem karşılığı sulh akdi yapsa bu sulh geçersizdir.

Sulh bedelinin; ödeme zamanındaki belirsizlik durumunda sulh

Çünkü sulh akdi, sulh bedeli hakkında satım sözleşmesi gibidir. Bu tür belirsiz vâdelerin koşul konulması ise satım sözleşmesini geçersiz (fâsid) kılar.

Bir kimse, birisinin kölesi üzerinde hak iddiasında bulunup, kölenin bir aylık geliri karşılığında sulh akdi yapsa, bu sözleşme, kölenin bir aylık hizmeti karşılığında yapılan sulh akdinin aksine geçersizdir.

Çünkü hizmet, sürenin açıklanmasıyla belirli duruma geldiği gibi, köle sahibi açısından teslimi de imkân dahilindedir. Halbuki gelir, tümüyle bir belirsizlik taşımakta ve köle sahibi bakımından teslim edilmesi imkân dahilinde bulunmamaktadır. Çünkü efendi, köleyi başka birisine ücret karşılığı çalışması için vermese, gelir de elde edemez. Kölesini ücret karşılığı kiralaması durumunda ise gelirin elde edilmesi, söz konusu kölenin bir ay süreyle sağlıklı olarak çalışmasına bağlıdır. Fakat kölenin bu süre içinde hastalanması veya ölmesi mümkün olduğu için sulh akdi de geçersiz olur.

Evin geliri ve hurma ağacından alınacak ürün karşılığı yapılan sulh da geçersizdir (fâsiddir).

Elde edilecek gelir karşılığında sulh

Çünkü burada da belirsizlik bulunmakta ve bu vasiyetin aksine, olup olmama riski taşımaktadır. Çünkü vasiyet, mirasın benzeri olup, bu bilinmezlik, yapılan vasiyetin geçerliliğine engel olmaz. Sulh ise sulh bedeli bakımından satım ve kira sözleşmeleri gibi değerlendirilir. Bu tür belirsizlikler ise satım ve kira sözleşmeleri ile bedelin hak edilmesine engeldir.

Buna göre bir kimse, açılan bir dâvada, çıplak mülkiyeti üzerinde hak sahibi olmaksızın, bir ırmaktan ayda bir defa sulama hakkına sahip olma karşılığı sulh yapsa bu sözleşme geçerli olmazken, aynı tarzda yapılan bir vasiyet ise yukarıdaki açıklamalarımıza göre geçerli olmaktadır.

Bir kimse birisinden bin dirhem alacağı bulunduğunu iddia etse ve vâdeli olarak bin dirhem yerine on dinar karşılığı sulh yapsa, dâvalı söz konusu dâvayı kabul etse de etmese de sözleşme geçerli olmaz.

Çünkü iddiayı kabul etmesi durumunda bu işlem, veresiye olarak yapılan bir sarf akdi olmaktadır.

Bin dirhem yerine vâdeli veya vâdesiz olarak, nitelikleri belirli gıda maddesi karşılığı sulh akdi yapsalar ve teslim gerçekleşmeden önce birbirlerinden ayrılsalar sözleşme yine geçersiz olur.

Çünkü borcu borçla değiştirmedir. Borcu akit meclisinden sonraya bırakmak Peygamber (s.a.v.)'in yasaklaması nedeniyle haram kabul edilmiştir.

Sulh akdini başka birisiyle yapmış olması durumunda hüküm yine böyledir. Çünkü gerekçe bakımından sulh akdinin dâvalı ile veya başkasıyla yapılması eşdeğerdedir.

Düşük değerli para borcuna yüksek değerli para karşılığı vâdeli olarak sulh yapmak

Bir kimse birisinden bin siyah dirhem alacağı bulunduğunu iddia etse ve bunun yerine bir yıl vâdeyle bin kaliteli (bahiyye) dirhem karşılığı sulh yapsa, bu sözleşme geçerli olmaz.

Çünkü kaliteli (bahiyye) dirhem siyah dirheme göre daha üstündür. Bahiyye, hazinenin ödediği değerli dirhemin adıdır. Bu paraya sahip olan kişiye bir övgü ifadesi olarak "bah bah" denildiği için bu paraya bu isim verilmiştir. Ayrıca burada bu paranın kalitesi, vâdenin karşılığıdır ki vâdeye karşılık mal vermek câiz değildir. Allahu Teâlâ'nın;

﴿ لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً ﴾

"Faizi katlanmış olarak yemeyiniz" (Âl-i İmrân 3/130), âyeti de benzeri bir durum hakkında inmiştir.

Değerli para borcuna karşılık değersiz para ile sulh

Bir kimse bahiyye türü dirhem alacağı bulunduğunu iddia etse ve peşin veya vâdeli olarak aynı ya da daha az miktarda siyah dirhem karşılığı sulh akdi yapsa, bu sözleşme geçerli olur.

Çünkü burada hak sahibi alacağındaki değer farkı konusunda sorumluluktan ibra ederek karşı tarafa her yönden iyilikte bulunmaktadır.

Borçluyu, borcun bir kısmından ibra edip kalanı da vâdeye bağlasa sözleşme yine geçerli olur. Zaten iyilik bütün yönleriyle hak sahibi tarafından yapılacak olursa, bu muâvaza (karşılıklı bedel verilerek yapılan sözleşme) sayılmaz.

Bir kimse bin siyah dirhem karşılığı bir köle sattıktan sonra peşin veya vâdeli olarak bu bin dirhemin yerine bin yüz katkı maddeli dirhem (behrec-nebehrec/züyuf) karşılığı sulh akdi yapsa bu sözleşme geçersiz olur.

Çünkü koşul konulan ek fazlalık vâdenin veya kalite farkının karşılığıdır. Katkı maddeli züyuf dirhem kalite bakımından siyah dirhemden düşüktür. Dînen bu tür bedelli sözleşmeler faizdir.

Alacağı olan bin dirhem yerine belirli (muayyen) olmayan ölçülür veya tartılır bir şey karşılığı sulh akdi yapmak yine geçersizdir.

[20/166]

Çünkü ölçülen veya tartılan bir mal, dirhem karşılığı değiştiriliyorsa bu mal satılan mal (mebî) sayılır. Bu bakımdan incelediğimiz olayda kişinin yanında bulunmayan bir şeyi satması söz konusu olmaktadır. Böyle bir işlem ise mal, akit meclisinde teslim alınsın veya alınmasın geçersizdir. Selem akdi koşulları söylenmiş olsa bile, bu sözleşmeyi selem akdi kategorisine sokarak geçerli duruma getirmek

de mümkün degildir. Çünkü burada re'sü'l-mal (selem akdinde peşin verilen bedel) borçtur. Re'sü'l-malin borç olduğu bir selem akdi geçerli değildir.

Bir kimsenin birisinden bin Kûfe dirhemi alacağı bulunsa ve bu bin dirhemin yerine peşin beş yüz bahiyye dirhem karşılığı sulh akdi yapsa, sonra borçlu bunu peşin olarak ödese Ebû Yusuf (rh.a.)'un ilk görüşüne göre taraflardan her birinin kendi hakkını düşürerek diğerine iyilik yaptığı göz önünde bulundurularak bu sözleşme geçerli kabul edilir. Buna göre alacaklı karşı tarafı beş yüz dirhemlik borçtan ibra ederken, borçlu kalan beş yüz dirhemi ödemesi gerekenden daha kaliteli dirhemlerle ödemektedir. Böyle bir şey ise borcu öderken alacaklıya yapılan bir iyiliktir ve menduptur. Sulh akdi ile güdülen amaç, aradaki anlaşmazlığı sona erdirmek olduğuna göre, sözleşmeyi geçerli duruma getirmek mümkünse geçersiz saymak câiz değildir. Bu olayda da yapılan sözleşmeyi "hakkı düşürmek (iskat)" yoluyla geçerli duruma getirmek mümkündür; bu sözleşme bedelli bir akit (muâvaza) sayılamaz. Taraflar, teslim gerçekleşmeden önce birbirlerinden ayrılacak olurlarsa, alacaklı beş yüz Kûfe dirhemi alır. Çünkü borçluyu kalan kısımdan ibra etmiştir. Kalan beş yüz dirhem ibradan önceki özelliği ile borçlunun zimmet borcu olarak durmaktadır. Yapılan iyiliğe karşılık ödül almak ise beklenen bir davranıştır. Ancak bu bir borç değildir.

Ebû Yusuf (rh.a.) daha sonra bu görüşünden dönüp, "Böyle bir sulh akdi geçersizdir (batıldır)" demiştir. Ebû Hanîfe (rh.a.) ile Muhammed (rh.a.) de bu görüştedir.

Çünkü taraflar bu sözleşmenin bedelli (muâvaza) olduğunu açıkça belirtmişlerdir. Alacaklı, daha kalitelisini ödemesi koşuluyla borçluyu borcun bir kısmından ibra etmiştir. Dirheme (paraya), kalitesine karşılık bedel ödemek ise câiz değildir. Ayrıca sözleşmenin bedelli olduğu açıkça belirtilmişse bunu yeni bir ibra saymak mümkün olmaz. Nitekim iki dirhem karşılığı bir dirhem satılması durumunda tarafların amacını gerçekleştirmek için dirhemlerden birini bağış olarak değerlendiremeyiz.

Bir kimsenin birisinden bin dirhem alacağı bulunsa ve bunun yerine yüz dirhem karşılığında sulh akdi yaptıktan sonra borçlu bu yüz dirhem karşılığı belirli bir elbisenin kendisine satılması veya belirli bir konağın kendisine kiraya verilmesini koşul koysa, ya da söz konusu bin dirhem yerine belirli bir köle karşılığı sulh akdi yapıldıktan sonra borçlu bu kölenin kendisine satılmasını koşul koysa sözleşme geçersiz olur.

Çünkü;

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة واحدة

"Peygamber (s.a.v.) bir satış (safka) içinde iki satış yapılmasını yasaklamıştır"[83]
Daha önce de açıkladığımız gibi sulh akdi, satım sözleşmesi gibidir. Bir satım sözleşmesi içinde başka bir satım veya kira sözleşmesi yapmayı koşul koymak ise o sözleşmeyi geçersiz kılar.

Alacaklı alacağı olan bin dirhem yerine bir ev karşılığı sulh akdi yapıp borçlunun bu evde bir yıl süreyle kalmasını koşul koysa veya bir köle karşılığı sulh akdi yapıp bir yıl onun hizmetinden yararlanma koşulu koşsa yapılan sözleşme geçersiz olur.

Çünkü borçlu burada malın (ayn) teslimi konusunda vâde koşulu koşmakta veya taraflardan biri diğerinin mülkiyeti üzerinde kendisi için yarar koşulu koşmaktadır. Böyle bir durum ise satım ve kira sözleşmesini geçersiz yaptığı gibi sulh akdini de geçersiz kılar.

İddia edilen bir malın, yararı karşılığında sulh

Bir kimse birisinin elinde bulunan koyun sürüsü üzerinde hak iddiasında bulunsa ve koyunların sırtındaki yünleri o anda kırkıp vermesi karşılığında bu iddiasından vazgeçmek üzere sulh yapsa, bu sözleşme Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre geçerli, Muhammed (rh.a.)'e göre geçersizdir.

Çünkü sulh bedeli belirli bir mal olduğu zaman satılan mal (mebî) gibi değerlendirilir. Koyunların sırtındaki yünü satmak ise geçersiz olduğu gibi bu doğrultuda yapılan bir sulh akdi de geçersizdir. Görmez misin bu kişi belirli başka bir koyunun sırtındaki yün karşılığında sulh akdi yapsa, bu sözleşme aynı gerekçeyle geçersiz olur.

Ebû Yusuf (rh.a.) ise şöyle demektedir: "Dâvacının iddiasına itibarla bu sulh akdini geçerli duruma getirmek mümkündür. Çünkü dâvacı yün ve koyunun kendi mülkü olduğunu ve yün üzerindeki mülkiyetini korurken mülkiyetinin diğer kısmını
[20/167] da dâvalıya bıraktığını, bunların mülkiyetini başlangıç bakımından karşı tarafa devretmediğini iddia etmektedir. Böyle bir işlem ise câizdir. Zaten daha önce de açıkladığımız gibi inkar üzerine yapılan sulh, dâvacının iddiasına dayandırılır. Yine Ebû Yusuf (rh.a.)'un benimsediği temel prensibe göre "Sulh akdini herhangi bir şekilde geçerli kılmak mümkünse, taraflar arasındaki anlaşmazlığa son vermek için bu sözleşmeyi geçerli duruma getirmek gerekir." Başka bir koyunun sırtındaki yün karşılığı yapılan sulh akdi ise bundan farklıdır.

Bu kişi sürüdeki koyunların memelerinde bulunan süt veya karınlarındaki yavrular karşılığı sulh akdi yapsa, sözleşme geçersiz olur.

Çünkü Muhammed (rh.a.)'e göre bu sözleşme satım sözleşmesi gibi değerlendirilir. Ebû Yusuf (rh.a.)'a göre böyle bir sözleşmenin geçersiz olmasının nedeni şudur; "Buradaki sulh akdini geçerli kılmanın yolu, dâvacının mülkiyetini belirli malın (ayn) bir kısmında da olsa devam ettirmektir. Halbuki memedeki süt ve

[83] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VIII/130; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, II/79; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IX/120.

karındaki yavru belirli, değerli (mütekavvim) bir mal değildir. Var olmama riski taşımaktadır. Ayrıca gerek karın, gerekse meme boş olduğu halde şişmiş olabilir. "Koyunun sırtındaki yün" ise bundan farklıdır. Çünkü bu belirli, değerli (mütekavvim), mülkiyet altında bulunan bir maldır. Sözleşmeyi bu mal üzerindeki mülkiyeti devam ettirerek geçerli kılmak mümkündür.

Bir kimse, birisinin elinde bulunan kamışlığa (gölete / ecme) üzerinde hak iddiasında bulunsa ve bir yıl boyunca buradan avlanacak av hayvanlarının (balıkların) kendisine teslim edilmesi karşılığında sulh akdi yapsa, bu sözleşme geçersiz olur.

Çünkü buradaki sulh bedeli belirsizdir. Var olmama riski taşımaktadır.

Söz konusu kamışlıkta bulunan ve ancak avlanarak ele geçirilebilen balıklar karşılığı yapılan sulh akdi de böyledir. Av hayvanı (balık) havuza atılmış olsa bile böyledir.

Çünkü av hayvanı hiç kimsenin mülkiyetinde olmadığı gibi satılması da, Peygamber نهى عن ضربة القانص "*Avcının yakalayacağını satmayı yasakladı*"[84] hadisi ile Ömer ile Abdullah b. Mes'ud (r.a.)'un لا تَبيعُوا السَّمَكَ فِي المَاء فإنَّهُ غرر "*Sudaki balığı satmayın*"[85] diyerek, sudaki balığın satılmasını yasaklamaları nedeniyle câiz değildir.

Ama av havuza atılmış olup, avlanmaksızın ele geçirilebiliyorsa yapılan sulh akdi geçerli olur ve satım sözleşmesinde olduğu gibi (alıcı konumundaki) dâvacı lehine hayvanı gördüğü zaman muhayyerlik hakkı doğar.

Bu hüküm şöyle yorumlanır: "Sudaki balık ele geçirdiğiniz de suyla birlikte gölete (havuza) girse ve kişi göletin ağzını kapatarak, balığın çıkmasını önlese, balık görülmediği halde bu durum mülkiyet gerektirecek bir şekilde malı ele geçirmek gibi değerlendirilir. Ancak balık suyla birlikte göle girdiği halde suyun ağzı kapatılmamışsa balığın satılması geçerli olmaz.

Çünkü balık, ele tutulmadığı sürece sadece göletine girmesiyle, sahibinin mülkiyetine geçmiş olmaz.

Bir kimse birisinin elinde bulunan bir köle üzerinde hak iddiasında bulunsa ve belirli bir buğday yığınından elde edilecek belirli miktarda un veya belirli bir canlı koyundan elde edilecek bir kaç rıtl[86] et karşılığı sulh akdi yapsa bu sözleşme geçerli olmaz.

---

[84] İbn Ebû Şeybe, Musannef, V/240, Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, IV/179; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, IX/86.

[85] İbn Ebû Şeybe, *Musannef*, V/240.

[86] **Rıtl / الرطل:** Rıtl, büyük kadeh anlamına da gelen bu kelime hem hacim hem de ağırlık ölçü birimi olarak kullanılır. Ağırlık ölçüsü olarak 130 dirheme veya sâ'ın sekizde biridir.

Çünkü o anda var olmadığı veya teslim edilebilmesi için malın yapısını bozmak gerektiği için bunların satılması câiz değildir. Bu tür durumlar sözleşmenin geçerliliğine engeldir.

Efendisinden kaçmış olan bir köle karşılığı yapılan sulh akdinin hükmü de böyledir. Kaçmış bir kölenin satılması câiz değildir.

Çünkü kaçmakla o kölenin ekonomik değeri yok olmuştur. Teslim edilmesi de imkansızdır. Ona karşılık sulh yapmak da câiz değildir.

Bir kimse birisinden yüz dirhem ve selem akdiyle bir kürr[87] buğday alacağı olduğunu iddia edip, yirmi dinar (altın para) karşılığı bu iddiasından vazgeçmek üzere sulh yapsa, selem akdi bedelinin (re'sü'l-mal) dirhem (gümüş para) olması durumunda bu sözleşme geçerli olmaz.

Çünkü bu durumda buğdayın payında selem akdine konu olan mal (müslemün fih), değiştirilmiş olmaktadır. Böyle bir sözleşme ise, Peygamber (s.a.v.)'in:

لَا تَأْخُذْ اِلَّا سَلَمَكَ أَوْ رَأْسَ مَالِكَ

"*Üzerinde selem akdi yaptığın maldan veya peşin ödenen selem akdi bedelinden başkasını alma*"[88] şeklindeki hadisi nedeniyle geçersizdir. Satış akdi ise tektir. Bir bütündür. Bu bakımdan bir kısmı geçersiz olduğunda tümü geçersiz olur. Bu hüküm Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre açıktır. Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'e göre daha önce açıkladığımız gibi sulh akdi de böyledir. Çünkü sulh akdi, temelde herhangi bir hak, söz konusu olmaksızın indirim, göz yumma ve katlanıp tahammül etme esaslarına dayanır. Bu esasların sözleşmenin bir kısmında bulunup bir bölümünde bulunmaması da mümkündür. İşte sözleşmenin bir kısmı geçersiz olduğunda, bu sözleşmeyi, geriye kalan kısmı oranında geçerli duruma getirmek mümkün olmaz.

[20/168] **Selem akdinde semen / satış bedeli (re'sü'l-mal) beş dinar olup, bunun yerine yirmi dinar karşılığı sulh akdi yapsalar, bu yirmi dinar içindeki beş dinarı selem akdi bedeli saymaları durumunda sözleşme geçerli olur.**

Çünkü buradaki işlem, selem akdi bakımından, re'sü'l-mal karşılığında yapılmış bir sulh akdi iken, kalan miktar da yüz dirhemin karşılığı olup bir sarf akdi sayılır. Aynı mecliste teslim gerçekleştiği için geçerli olur.

Ebû İshak eş-Şeybânî'den şöyle bir rivayet nakledilmiştir: "Abdullah b. Muğaffel'e –bir rivayete göre Ma'kıl- şöyle bir olay anlatarak hükmünü sordum : "Benim birisinden selem (akdinden doğan bir yükümlülük olarak) on kürr buğday

---

[87] **Kür /** الكر: Hanefilere göre 2348,280 kg, diğerlerine göre ise 1563,840 kg buğday alan ölçek. Kürr, en büyük hacim ölçüsüdür. 1 kürr, 1980 litreye denktir.

[88] Ibn Ebû Şeybe, *Musannef*, IV/270; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IV/67.

alacağım vardı. Bunun yerine ondan bir arazi satın aldım." Bana şu cevabı verdi: "Re'sü'l-malını (selem akdi bedelini) al !"

Selem akdinde müslem fihin değiştirilmesine yönelik sulh

Muhammed (rh.a.) bu rivayeti, "selem akdiyle satın alınan malın (müslemün fih) teslim gerçekleşmeden önce değiştirilmesinin câiz olmadığını" belirtmek için nakletmiştir. Bize göre selem akdindeki gıda maddesi, olduğu gibi onun sorumluluğunda kalır. Çünkü satım ve sulh sözleşmeleri geçersiz duruma geldiği zaman hiç olmamış gibi değerlendirilir. Muhammed (rh.a.) burada şu şekilde düşünmüş olmalı: "Akdi yapan taraflar, selem akdindeki gıda maddesinin bir bedele dönüştürülmesini amaçlamışlardır. Onların güttüğü amaç da imkân ölçüsünde dikkate alınacağı için selem bedelinin geri verilmesi gerektiği de ortaya çıkar." Ancak bizim söylediğimiz daha güçlüdür.

Tavus (rh.a.)'tan şöyle bir olay nakledilmiştir: "Bir kimse birisi ile ince kumaştan yapılma bir kaç tane elbise konusunda selem akdi yaptı. Fakat her iki elbiseye karşılık bir elbise olacak şekilde kalın kumaştan yapılmış elbiseler vermek istedi. Bu hususu Abdullah b. Abbas (r.a.)'a sordu. Ancak o, bunu hoş karşılamadı." Biz de bunu kabul ederiz. Çünkü bu, selem akdindeki satılan malın değiştirilmesi demektir. Elbiselerin değişik tür (nev) ve cinsleri vardır.

Ebû Said el-Hudri (r.a.)'den nakledildiğine göre Peygamber (s.a.v.) şu hususları yasaklamıştır ;

نهى عن بيع ما في بُطون الأنعام وعن بيع ما في ضُروعها إلّا مكيلًا يعني إلّا مكيلًا بعد الحلب وعن بيع العَبْد الآبق وعن بيع ضربة القانص وعن بيع الصدقة حتى تُقبض

"*Hayvanların karnındaki yavruları ve (sağılıp ölçekle verilmediği sürece) memelerindeki sütü satmak, efendisinden kaçan köleyi satmak, balıkçının attığı ağa takılacak balığı satması, henüz teslim gerçekleşmediği halde sadakayı ve mücahitlere taksim edilmeden önce ganimet malını satmak*"[89] Biz de bunların tümünü kabul eder ve buna göre hükmederiz. Çünkü paylaştırmadan önce kişinin payını satması geçersizdir. Bu, üzerinde mülkiyet kurulmadan önce bir şeyi satmak demektir. Teslim gerçekleşmeden önce sadakayı satmak da böyledir.

Balıkçının ağına takılacak balığı satması ile, kaçan kölenin satılması da teslim imkânının bulunmaması nedeniyle geçersizdir.

Hayvanın karnındaki yavru ile memesindeki sütün satılması ise belirsizlik (garar ve bilinmezlik) dolayısıyla geçersizdir.

Muhammed b. Zeyd'in şöyle dediği nakledilmiştir: "Abdullah b. Ömer (r.a.)'e şunu sordum: "Ben birisine selem akdi gereği peşin bin dirhem verip "eğer bana buğday verirsen şu kadara ama arpa verirsen şu kadara" desem olur mu?" Bana

[89] Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III/42; İbn Mâce, Ticarât 24; Ali el-Müttakî, *Kenzü'l-ummâl*, IV/179; Zeyleî, *Nasbu'r-râye*, IX/86.

şu cevabı verdi : "Her türün (nevi) ağırlığını belirt. Eğer belirtilen miktarı verirse ne ala, aksi durumda peşin ödediğin bedeli (re'sü'l-mal) al." Biz de buna göre hükmederiz. Çünkü bu tür belirsizlik ve kararsızlıklar selem akdinin geçerliliğine engeldir. Burada alıcı sulh akdiyle ancak selem konusu malı (müslemün fihi) veya peşin ödediği selem bedelini alabilir.

Abdullah b. Abbas (r.a.)'ın "memedeki süt ile hayvan karnındaki yavrunun satılmasını yasakladığı" rivayet edilmiştir.

Selem akdinde alıcı selem konusu malın yerine, ödemiş olduğu peşin bedel (re'sü'l-mal) karşılığı sulh yapıp sonra da peşin ödenen bedel yerine başka bir şeyle sulh akdi yapsa bu sözleşme geçerli olmaz.

İkâle

Çünkü ikâleden (karşılıklı rıza ile akdi bozma) sonra selem akdinin alıcı tarafının (rabbü's-selem) satıcıyla (müslemün ileyh) ilişkisi, peşin ödenmesi gereken selem bedeli teslim alınmadan önce selem akdinde satıcının alıcı ile olan ilişkisi gibidir. Teslim gerçekleşmeden önce peşin selem bedelini değiştirmek câiz olmadığı gibi, ikâleden sonra henüz geri verme gerçekleşmeden önce değiştirmek de câiz değildir. Ancak normalde peşin selem bedelini akit meclisinde teslim almak gerekli iken, ikâleden sonra bu bedeli akit meclisinde teslim almanın gerekli olmaması bakımından taraflar birbirinden farklıdırlar. Bu ise haram olan ve bedellerin ikisinin de vâdeli olması (borcun borç karşılığında satılması) şeklinde bir uygulamaya yol açar. Ya da selem sözcüğünün gereğine yani vâdeli mal karşılığı peşin bedel alma şeklindeki işlemin özelliği ikâlede bulunmamaktadır. Akit meclisinde teslimin gerekli olmamasının zorunlu bir sonucu satın alınan mal
[20/169] (müslemün fih) gibi, peşin verilen paranın (re'sû malin) değiştirilmesinin câiz oluşu değildir.

Züfer (rh.a.)'in "ikâleden sonra bedelin değiştirilebileceği" görüşünde olduğu nakledilmiştir.

Onun gerekçesi şudur: O bir borçtur. Varlık nedeni onu teslim almış olmadır. Bu bakımdan ödünç (karz) ve gasb borçları gibi değiştirilmesi de câizdir.

Züfer (rh.a.)'e ait bu görüş kıyas deliline dayanır. Ancak biz yukarıda açıkladığımız gerekçeler ve Peygamber'in "müslemün fihden (satın aldığın maldan) veya peşin ödediğin selem bedelinden başkasını alma" şeklindeki hadisi dolayısıyla, kıyası terkettik. Çünkü ikâleden sonra, selem bedelinin değiştirilebileceğini kabul edersek, alıcı, üzerinde selem akdi yapılan mal ile peşin ödenen bedel dışında bir şey almış olur. Böyle bir şey ise dinen (şer'an) uygun değildir.

Bir kimse birisi ile herhangi bir mal üzerinde geçersiz (fâsid) bir selem akdi yaparak peşin dirhem ödese ve taraflar birbirinden ayrılsa, alıcı ödediği dirhemlerine karşılık peşin olan, istediği bir şeyi alma hakkına sahip olur.

Çünkü bu neden, teslim alma (kabz) olan bir zimmet borcudur. Selem akdi de tümüyle geçersiz olduğuna göre, teslim alma göz önüne alınarak, alınan bedelin geri verilmesi yükümlülüğü doğacaktır.

Belirli bir vâde ile tartısı belirli bir mala karşılık tutarsa, ödünç alınan paranın bedelini değiştirmek fâsiddir.

Çünkü bu işlem borca karşılık borcun satılması niteliğinde olup, bedellerin ikisi de vâdeli olmaktadır (e'd-deyn-ü bi'd-deyn). Sözleşme geçersiz olmakla birlikte, teslim gerçekleştiği için teslim aldığı bedele malik olmuştur. Ancak bu, onun bir zimmet borcudur. Selem akdi de bu zimmet borcuna bağlanmıştır.

Bir kimse birisinin elinde bulunan bir kölede hak iddiasında bulunduktan sonra, vâdeli olarak ödenmesi koşuluyla bir kaç dirhem veya dinar karşılığı bu iddiasından vazgeçmek üzere sulh yapsa, köle hayatta olsa da telef olmuş olsa da sözleşme geçerli olur.

Çünkü köle hayatta ise buradaki işlem dâvacının iddiasına göre kölenin vâdeli bir bedel karşılığı satılması niteliğindedir. Ama köle telef olmuşsa bu durumda doğan yükümlülük kölenin değerini ödemektir. Değer de, dirhem veya dinarla ölçülür. Dolayısıyla bu işlem gasb borcunu vâdeye bağlanması niteliğinde olacaktır. Bu ise daha önce "Sarf" konusunda açıkladığımız gibi câizdir.

Bu kişi vâdeli olarak buğday karşılığında sulh akdi yapmışsa, kölenin hayatta olması koşuluyla sözleşme geçerli olur.

Çünkü buğday bir köleye karşılık olarak verilirse satış bedeli (semen) olur.

Ancak köle telef olmuşsa böyle bir sözleşme geçerli olmaz.

Bu hükmü, Ebû Yusuf (rh.a.) ve Muhammed (rh.a.)'in görüşlerine göre ele aldığımızda anlamakta bir güçlük yaşamayız. Çünkü bu durumda doğan yükümlülük kölenin değerini ödemektir. Buna göre köle sahibi yanında bulunmayan bir şeyi satmış olacaktır. Çünkü buğdaya karşılık olarak dirhem veya dinar verilmişse, buğday satılan mal (mebî) olur.

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise üzerinde anlaşılan sulh bedeli, kölenin bedeli olur. Daha önce açıkladığımız gibi ona göre, telef olan gasbedilmiş mala karşılık, değerinden daha fazlası ile sulh yapmak câizdir. Ancak telef olan bir köle zimmet borcu niteliğindedir. Çünkü malın aslını (ayn) vermekle ilgili olan bir yükümlülüğü yerine getirmek mümkün olmazsa, sorumluluk zimmet borcuna (deyn) dönüşür. Dolayısıyla burada borç, borç karşılığı satılmış olacağı için sözleşme de geçersiz (fâsid) olacaktır. Ancak bu sözleşmede vâde bulunmayıp taraflar birbirinden ayrılmadan önce sulh bedeli peşin olarak ödenmişse sözleşme geçerli olur. İşet bu da Ebû Hanîfe (rh.a.)'nin delilidir.

Yalnız sulh bedeli, değerin (kölenin değerinin) karşılığı olursa sözleşme sırasında zimmet borcu olması durumunda akit meclisinde teslim alınmış olsa bile, bu sözleşme geçerli olmaz.

Çünkü bu, kişinin yanında bulunmayan bir şeyi satmasıdır.

Teslim gerçekleşmeden önce taraflar birbirinden ayrılmışsa ve bedel belirli olmayıp köle de telef olmuşsa sözleşme geçersizdir.

Çünkü bu durumda taraflar her iki bedelin de vâdeli olduğu bir işlem (e'd-deyn-u bi'd-deyn) sonucunda birbirlerinden ayrılmış olurlar.

Köle telef olmuşsa, vâdeli olarak ödenecek elbise karşılığı yapılan sulh akdi de geçersizdir.

Çünkü bu da, her iki bedelin vâdeli olduğu bir işlemdir. Dinen bu tür sözleşmeler geçersizdir.

Allah doğruyu daha iyi bilir.

[20/170]

YARARIN PAYLAŞILMASI (MUHÂYEE)

Muhâyeenin hükmü

Öncelikle bilinmesi gereken bir nokta vardır: Kıyas deliline göre muhâyee (yararın paylaşımı) câiz değildir. Çünkü bu, yararın yine yararla değiştirilmesi niteliğindedir. Buna göre ortaklardan her biri, ortağının sırası geldiğinde kendi mülkünden yararlanmasına karşılık olarak kendisine sıra geldiğinde onun mülkünden yararlanmaktadır. Ancak biz burada kıyası terkederek, bunun Kitap ve Sünnet delilleriyle câiz olduğunu kabul ettik :

a) Kitaptan delil :

﴿ قَالَ هٰذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ ﴾

"(Salih Peygamber şöyle) dedi: "İşte bu dişi deve! Su içme hakkı (bir gün) onundur, belirli bir günün içme hakkı da sizin" (eş-Şuarâ 26/155)

İşte buradaki uygulama tam olarak muhâyee'dir.

b) Sünnetten delil:

Resûlüllah (s.a.v.)'ın huzurunda bir kadına evlenme teklifinde bulunan birisine Resûlüllah (s.a.v.);

ماذا تُصدقُها قَال نِصْف إزاري هٰذا قال . صلّى اللهُ عليْه وَسلّم ما تَصْنع بإزارك إنْ لبستهُ لَمْ يكُن عليها منهُ شيءٌ . وإن لبستهُ لم يكُن عليْك شيءٌ

"Ona mehir olarak ne vereceksin?" dediğinde "Şu izarımın yarısını" şeklinde cevap verdi. Bunun üzerine Peygamber (s.a.v.)*: "Peki sen bu izarı ne yapacaksın?*

Bunu sen giyecek olursan, onun üzerinde izardan bir şey bulunmayacak. O giyecek olursa senin üzerinde bir şey kalmayacak"[90] *buyurdu.*

İşte bu da muhâyee tarzındaki paylaşımın açıklamasıdır. Ayrıca eşyanın kendisinde olduğu gibi yararını (menfaatini) da bedelli ve bedelsiz bir akit sonucunda hak etmek câizdir. Yine adalete uygun bir şekilde dağıtma imkânı varsa ortak malların kendisini paylaştırmak câiz olduğu gibi, ortak yararın paylaşımı da câizdir. Bu yüzden ortaklardan bir kısmı istemediği halde diğerleri muhâyee isteminde bulunmuşlarsa hakim ortakları bu paylaşıma zorlar. Burada muhâyee şeklindeki paylaşımı istemeyen ortaklar, malın kendisinin bölüştürülmesini de istememektedir.

Bu noktada şu temel kuralı hatırlatabiliriz : "Herhangi bir sözleşmeye özel bir isim verilmesinin nedeni, o ismin anlamının o sözleşmeyle ilgili özel bir hükmün bulunmasıdır." "Yararın paylaşılması" tarzındaki bir sözleşmeye özel olarak "muhâyee" ismi verildiğine göre, bu sözleşmeyle ilgili olarak bu ismin anlamının işaret ettiği özel bir hükmün bulunduğunu söyleyebiliriz. Bu hüküm ve anlamı ise şöyledir: "Malın aslının bölüştürülmesinin aksine, burada taraflardan birisinin payına ulaşması diğerinin payına ulaşmasına göre önceliklidir.

Muhâyee tüm hükümlerinde kira sözleşmesi gibi değildir.

Mühâyeenin diğer akitlerle ilgisi

Çünkü kira sözleşmesinde malın yararı, akit ile hak edilirken muhâyeede tarafların elde ettiği şey, hüküm bakımından malın aslının bölüşülmesi durumunda, paylaşılan mülkünün yararı gibi kabul edilir.

Bu karşılıklı bedellerin verildiği (muâvaza) bir akit olduğundan muhâyee, ödünç (âriyet) akdi gibi de değildir. Ayrıca âriyet akdi, hak doğurmazken, muhâyee kişiyi hak sahibi yapar. Bu açıdan muhâyee kiraya benzer. Ancak muhâyee ile elde edilen hak, kira-hizmet sözleşmesiyle elde edilen hakkın daha altındadır. Çünkü kira-hizmet sözleşmesinde herhangi haklı bir neden (özür) olmaksızın tarafların tek taraflı olarak sözleşmeyi bozma yetkileri olmadığı halde, muhâyeede taraflardan birisi "malın kendisinin paylaştırılmasını istemek" suretiyle bu işlemi tek taraflı olarak bozabilir. Çünkü burada mülklerin birbirinden ayrılması şeklindeki amacın gerçekleştirilmesi noktasında aslolan malın aslının bölüştürülmesi iken muhâyee öyle değildir.

Görmez misin taraflardan birisi başlangıçta hakime başvurarak malın aslının bölüştürülmesi isteminde bulunmuş olsaydı hakim taraflar arasında muhâyee yoluna başvurmazdı. Aslolan unsur, yani malın kendisinin paylaştırılması yolundaki istem sonradan gelseydi taraflar arasında yine muhâyee usulüne başvurulmazdı.

Ayrıca âriyet ve kira-hizmet sözleşmeleri taraflardan birisinin ölmesi durumunda geçersiz duruma gelir. Ebû Yusuf (rh.a.)'un aksine Muhammed

[90] Buhârî, Fedâilu'l-Kur'ân 22; Müslim, Nikâh 76; Nesâî, Nikâh 62.

(rh.a.)'e göre, ortaklığın taksimi de taraflardan birinin ölümü ile geçersiz olur. Muhâyee ise ortaklardan birisinin ölümü ile geçersiz duruma gelmez.

Çünkü bu geçersiz olduğunu kabul edersek, aynı işlemi yeniden uygulamak durumunda kalırız. Hayatta olan ortak veya ölenin mirasçısı bunu istemektedir. Halbuki aynı şekilde yeniden uygulama durumunda kalacağımız bir şeyi geçersiz kılmak anlamsızdır.

Muhâyee çeşitleri

Muhâyee yere (mekan) bağlı olarak yapılabileceği gibi zamana bağlı olarak da yapılabilir.

[20/171]

Yere bağlı olarak yapılan muhâyee işleminin şeklini Muhammed (rh.a.) konuya başlarken şöyle ortaya koymuştur;

Yere bağlı mühayee

İki kişi ortaklaşa sahip oldukları bir konak üzerinde muhayee tarzında bir paylaşım yoluna başvurarak, her biri belirli bir evde oturacak şekilde anlaşsalar ve yine her iki tarafın kendi payını kiraya verebileceği koşulunu ileri sürseler, bu sözleşme geçerli olur. Bunun için ayrıca sürenin açıklanmasına da gerek yoktur.

Mühayee ile alınan yararın kiraya verilmesi

Çünkü muhâyee ortak yararın paylaşılmasıdır. Malın aslının bölüştürülmesi için süre açıklamaya gerek olmadığı gibi ortak yararın paylaştırılması için de böyle bir şeye gerek yoktur. Kira sözleşmesinde süre tespitine ihtiyaç, bu taraflar arasında doğabilecek anlaşmazlığı ortadan kaldıracak şekilde akit konusu maldan elde edilecek yararın bilinmesi içindir. Halbuki muhâyeede taraflardan her biri kendi mülkiyeti göz önünde bulundurularak yararı elde etmekte ve her birisinin payına düşecek olan evin belirlenmesiyle anlaşmazlık ortadan kalkmaktadır.

Taraflar muhâyee yaparken, kendi paylarına düşen evi kiraya verebilme koşulu ileri sürmüşlerse, kira sözleşmesi yapmaları câizdir. Bu koşul ileri sürülmemişse zâhirü'r-rivâye'ye göre taraflardan her biri kendi payını kiraya verebileceği gibi buradan elde edeceği gelir de he a dir.

Ebû Ali eş-Şaşi (rh.a.) ise "Taraflar ancak ileri sürdükleri koşulların tanıdığı yetkilere sahip olabilir" demektedir. Çünkü her iki taraf da aslında diğerinin payından yararlanmaktadır. Taraflardan birisinin elinde bulunan ev, her ikisi arasında ortaktır. Bu, taraflar arasında karşılıklı bedel değişimi olan (muâvaza) bir işlem hükmünde değildir. Çünkü yararın yarar karşılığı değiştirilmesi câiz değildir. Bu da göstermektedir ki buradaki işlem, ibaha ve âriyet yoluyla gerçekleştirilmiştir. Âriyet alan bir kimse ise, bu sözleşme mutlak olarak yapıldığında aldığı malı kiraya verme yetkisine sahip olmaz.

Zâhirü'r-rivâye'nin delili şudur: Muhâyee, yararın paylaşılmasıdır. Taraflardan her birinin payına düşen yarar, söz konusu kişilerin öteden beri gelen (kadim) mülkiyetleri göz önünde bulundurularak hak edilmiştir. Çünkü yarar tek cinstir ve ölçülen-tartılan malların paylaşılmasında olduğu gibi birbirinden farklı değildir.

Burada kişi, yarara başkası tarafından değil, bizzat kendi yönünden maliktir. Muhâyee sözleşmesi sırasında koşul koysun veya koşmasın sahibi bulunduğu yarara karşılık bedel alma yetkisine de sahiptir.

Mühâyee ile alınan malın kendisinde kullanım

Taraflardan hiçbiri karşı tarafın izin ve rızası olmaksızın oturmakta olduğu evle ilgili olarak yeni yapılar eklemek, evi yıkmak, duvarına kapı veya pencere açmak gibi kullanımlarda bulunamaz.

Çünkü malın aslı, muhâyee'den önce olduğu gibi taraflar arasında ortaktır. Ortaklardan birisi diğer tarafın rızası bulunmadığı sürece ortak mülkiyet üzerinde bu kullanımlardan hiçbirini uygulayamaz. Çünkü muhâyee ile yarar üzerinde bir paylaşım gerçekleşmektedir. Yarar dışında kalan konularda ise tarafların muhâyee'den sonraki durumları muhâyee'den önceki gibidir.

Taraflar alt kat birisinin, üst kat da diğerinin elinde bulunacak şekilde muhâyee yapsalar hüküm yine böyledir.

Çünkü her iki taraf da, iki ayrı ev gibi alt ve üst katlarda oturmaktadırlar.

İki konakta, tarafların oturma ve gelirini alma konularında muhâyee sözleşmesi yapmaları da câizdir.

Kerhi (rh.a.) şöyle demektedir: "Burada kastedilen, her iki tarafın da karşılıklı rızaları sonucunda bu sözleşmeyi yapmalarıdır."

Ancak ortaklardan birisi, istemde bulunursa Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre malın aslının paylaştırılmasında olduğu gibi hakim tarafları muhâyee'ye zorlayamaz. Zaten daha önce "Paylaştırma (kısmet)" konusunu işlerken de belirttiğimiz gibi Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre evler bu şekilde zorlama yolu ile paylaştırılamayacağı gibi, muhâyee de böyledir. Fakat daha güçlü olan görüş, ortaklardan birisi istemde bulunduğu zaman hakimin tarafları muhâyee şeklindeki paylaşıma zorlayabilmesidir. Çünkü muhâyee şeklindeki paylaşım malın aslı ile değil yararıyla ilgilidir. Oturma tarzındaki yarar şekilleri malın aslını bölüştürmenin aksine birbirine çok yakın olup aşırı farklılıklar bulunmaz. Çünkü malın aslı paylaştırılırken payların ekonomik değer açısından birbirine denk olması dikkate alınır. Halbuki ev ve konakların iktisadi değeri, bulunduğu konum ve komşularının değişmesine göre değişiklik arz eder. İşte bu yüzden her iki taraf da kendi elinde bulunan yeri kiraya verme ve elde ettiği geliri yeme hakkına sahiptir. Çünkü muhâyee yoluyla ve öteden beri gelen mülkiyeti dikkate alınarak bu yarar tümüyle ona ait olmuştur. [20/172]

Görmez misin üzerinde muhâyee yapılan iki konaktan birisi, diğerinin elindeki konağa göre daha fazla gelir getirmişse, tek konaktaki hükmün aksine, taraflardan hiçbirisinin diğerine başvurma hakkı bulunmaz. Taraflar tek konakta muhâyee yapsalar ve birisinin kendi sırası geldiğinde elde ettiği gelir diğerininkinden çok olsa, bu durumda fazlalık taraflara eşit olarak paylaştırılır.

Çünkü iki konaktaki muhâyeede paylaşma ve payları ayırma özelliği bulunmaktadır. Tarafların birbirlerine başvurarak payların ayırt edilmesini sağlamaları ise taraflardan birisinin yarar ve gelire ulaştığı zaman diliminde diğerinin de bunlara ulaşması şeklindedir. Burada taraflardan her birinin elde ettiği (yarar, gelir v.b) şeyler, söz konusu tarafın yapmış olduğu akit sonucunda hak ettiği ve öteden beri var olan (kadim) mülkiyetine karşılık bir bedeldir. Dolayısıyla bu, kendisine ait olur.

Tek konağın geliri üzerinde yapılan muhâyee sözleşmesinde ise taraflardan her biri, diğerini payını kendi sırası geldiğinde kiraya verme noktasında onun vekili konumundadır. Geliri bölüşmek üzere yaptıkları muhâyee ise zamana bağlıdır. Taraflardan biri diğerine göre gelire daha önce ulaşır. Böyle bir durum ise taksimin gereği olmaz. Bu bakımdan taraflardan her birini diğerinin vekili konumunda kabul etmek ve her birinin teslim aldığı miktarı diğerinin kendi payının bedeli olarak teslim aldığı karşılığın bedeli saymak gerekecektir. Bedeller arasında bir fazlalık olduğu zaman taraflar arasında eşitliği sağlamak için birbirine "başvurabilme hakkı" sabit olur.

Bu iki konu arasındaki farkı Kerhî (rh.a.)'nin aşağıdaki açıklamalarından anlayabiliriz: "İki konak üzerinde yapılan sulh sözleşmesi "tarafların karşılıklı rızası" esasına dayanır. Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre bu açıktır. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise iki konağın zorla paylaştırılması yoluna ancak hakimin bu uygulamada bir yarar görmesi durumunda baş vurulur. Tarafların karşılıklı rızası varsa her biri için, diğerinin razı olduğu miktar helal olur. Tek bir konakla ilgili muhâyee sözleşmesinde tarafların karşılıklı rızası dikkate alınmaz. Bu durumda muhâyeenin amacı olan eşitlik (muâdele) esası dikkate alınır. İşte bu yüzden taraflar gelirde fazlalık olması durumunda biri birine başvurma hakkına sahip olurlar.

Muhâyeenin câiz olmadığı mallar

Hurma ağacı ile diğer ağaçların tüm geliri üzerinde yapılan muhâyee sözleşmesi geçersizdir.

Çünkü hurma ağacı ile diğer ağaçların gelirini kira sözleşmesi sonucunda hak etmek câiz olmadığı gibi, muhâyee ile de hak edilemez. Çünkü bunlar, meydana geldikten sonra varlığını koruyan belirli birer mal (ayn) olup aslını (ayn) paylaşmak da mümkündür. Muhâyee ise meydana geldikten sonra gerçek anlamda paylaşılamayan veya ev kirası gibi onun bedeli olan mallar için söz konusudur. Bu yüzden koyunda, yavruları, sütü ve yünü üzerinde muhâyee yapmak câiz değildir. Çünkü bunlar meydana geldikten sonra gerçek anlamda paylaşılabilen belirli mallardır.

Bir kimse bir konakta hak iddiasında bulunsa ve zilyet, dâvacı ile dâvasından vazgeçmesi koşuluyla bir odada oturmak üzere sulh içermeyen bir muhâyee sözleşmesi yapsa ve dâvacı "kendisinin bu odada barınma

noktasında herhangi bir hakkının bulunmadığı" doğrultusunda zilyet lehine bir delil ortaya çıkıncaya kadar burada kalsa, odadan ayrılması durumunda hiçbir yükümlülüğü olmaz.

Çünkü zilyet bu odayı dâvacıya ödünç (âriyet) olarak vermiş ve karşı taraf da bir süre dâvadan vazgeçmiştir. Bu tür işlemler ise tarafların karşılıklı rızası ile olduğunda câizdir. Bağlayıcılık (lüzum) yoktur. Her iki taraf da kendisi lehine ortaya çıkan delile göre hareket eder.

Zamanla muhâyee

Bir tek kölenin hizmetinden bir ay biri, bir ay diğeri diye belirli zamanlarda yararlanmak karşılığı tarafların muhâyee sözleşmesi yapması câizdir.

Çünkü hizmetin paylaşımında eşitliği zaman ile sağlamak mümkündür.

[20/173]

Bu, tarafların iki ayrı köleyi kölelerden birisi bir tarafa diğeri de öteki tarafa hizmet etmek üzere muhâyee yapmaları câizdir.

Bu hükmün gerekçesi Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre şöyledir: "Kölelerde zorla paylaştırma (cebri paylaşım) esası kölelerin hizmeti konusunda da kabul edilmiştir."

Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre ise kölelerde zorla paylaşım esası geçerli değildir. Çünkü eşitliği kölenin ekonomik değerinde dikkate almak mümkün değildir. Çünkü ekonomik değer, sınırı belirli olmayan bir çok gizli nedenlerle değişebilir. Halbuki bu kölenin hizmeti konusunda bulunmaz. Bu bakımdan iki kölenin hizmeti ile bir tek kölenin hizmeti üzerinde yapılan muhâyee eş değerdir.

İki kölenin gelirinde muhâyee yapmaları Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre geçersiz olurken, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre geçerlidir. Tek kölenin geliri üzerinde yapılan muhâyee ise ittifakla geçersizdir.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) konuyla ilgili olarak şunları söylemektedir; "İki kölenin gelirinde paylaşımla (kısmet) ve payları ayırma (temyiz) özelliği daha ağır basmaktadır. Çünkü taraflardan her biri kendi payına diğer tarafla aynı zamanda ulaşmaktadır. İşte bu da kölenin hizmeti ve iki konağın geliri üzerinde yapılan muhâyee gibi câizdir. Tek kölede ise bedelli olma (muâvaza) özelliği ağır basmaktadır. Çünkü burada taraflardan birisi geliri elde etmeden önce diğeri gelire ulaşmaktadır. Böyle bir işlem ise risk unsuru taşımaktadır. Çünkü kölenin taraflardan birisinin sırası geldiğinde hastalanıp hizmet görevini yerine getirememe olasılığı bulunduğu gibi özgür olduğunu iddia ederek hizmetten kaçınması olasılığı da vardır. Risk unsuru da, bedelli işlemleri geçersiz kılar. İşte incelemekte olduğumuz olay bu yönüyle "tek evin geliri" konusundan ayrılmaktadır.

Çünkü burada âdete (örf-uygulama) göre, evin geliri her iki tarafa da sırası geldiği zaman câiz olur. Bu da genelde sorunsuz olur.

Bunu şu şekilde açıklamamız mümkündür; "Gelir üzerinde yapılan muhâyee sözleşmesi bir yönüyle hizmetle ilgili olarak yapılan muhâyeeye benzer. Çünkü gelir, yarara (menfaate) karşılık olarak alınan bedeldir. Başka bir açıdan da hurma ağacının geliri üzerinde yapılan muhâyeeye benzer. Çünkü her iki tarafa ait olan şey belirli bir maldır (ayn). Gelirde yapılan muhâyee hizmetteki muhâyeeye benzediği için, iki köledeki muhâyeeyi, paylaştırma (kısmet) özelliği ağır bastığı için geçerli kabul ederken, hurma ağacının gelirinde yapılan muhâyeeye benzediği için de böyle bir işlemi tek köle konusunda geçersiz saydık.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise konuyla ilgili olarak şöyle demektedir: "Bu muhâyeede güdülen amaç canlı varlığın (hayvanın) mülkiyet nedeninin selametidir. Bu bakımdan bir tek kölenin geliri üzerinde yapılan muhâyee ile koyun yavruları ve sütü üzerinde yapılan muhâyee gibi geçerli değildir. Çünkü kölelerle ilgili olarak yapılan muhâyee geçerli olsaydı, böyle bir işlemin tek köle hakkında öncelikle geçerli olması gerekirdi. Çünkü burada eşitlik ve payları ayırma özelliği iki köledeki muhâyeeye göre daha açıktır. Bu tür bir işlem tek bir köle hakkında geçerli olmayınca, iki köle hakkında öncelikle geçerli olmaması gerekir. Çünkü insan oğlu kendisinin sahibidir. Belki de kullanılmasına / çalıştırılmasına boyun eğmez. Bu durumda her iki tarafta da kendi sırası geldiğinde sözleşme ile güdülen asıl amacı veya elinde bulunan köleden sağlayacağı geliri elde etme imkânı ortadan kalkacaktır.

Bu meseledeki görüş ayrılığının, imamlarımızın "kölenin paylaştırılması" konusundaki görüş ayrılıklarına dayandığı da söylenmiştir. Burada her iki tarafın güttüğü amaç, kölenin ekonomik değeridir. Konuyla ilgili olarak Ebû Hanîfe (rh.a.) kölelerin zorla paylaştırılamayacağı görüşünü kabul ederken, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) kölelerin zorla paylaştırılabileceği görüşündedir. Kölenin geliri konusu da böyledir. İşte bu yüzden tek kölenin geliri üzerinde yapılan muhâyee imamlarımızın tamamına göre câiz değildir.

Çünkü hizmet üzerinde yapılan muhâyeenin aksine, burada paylaşım (kısmet) esası söz konusu değildir. Hizmette amaçlanan husus iktisadi değer değil yarardır. Böyle bir işlem gerek bir tek köle gerekse iki köle hakkında geçerlidir.

İki kişinin ortaklaşa sahip olduğu bir câriye için, taraflardan her biri diğeriyle ilgili olarak bazı endişeler taşısa ve taraflardan birisi : "Câriye bir gün sende bir gün de bende kalsın" derken diğeri : "Onu adil/güvenilir (yed-i emîn) bir kişiye bırakalım" dese, bu câriyenin her iki tarafta da bir gün kalacağı görüşünü kabul ederim. Her iki taraf da razı olmadıkça güvenilir kişiye bırakılmasını tasvip etmem.

[20/174]

Çünkü her iki taraf da mülkiyete sahip oldukları gibi câriyeyi ellerinde bulundurma hakkına da sahiptirler. Taraflardan sadece birisinin istemine dayanılarak her iki taraf aleyhine malın aslıyla (ayn) ilgili mülkiyeti iptal etmek câiz

olmadığı gibi, onu elinde bulundurma yetkisini geçersiz kılmak da câiz değildir. Halbuki câriyenin güvenilir bir kişiye bırakılması durumunda her iki tarafın câriyeyi elinde bulundurma yetkisine son verilmiş olacaktır.

Ayrıca her birinin taşıdığı endişe, kuruntudan ibarettir. Doğruluk oranı düşük olan kuruntu ise kesin olan bir hususa karşı duramaz. Her iki tarafın da kesin olarak bilinen mülkiyetleri dikkate alındığında, her biri kendi sırası geldiğinde câriyeyi elinde bulundurma hakkına sahiptir. İşte bu hak ve yetkinin kuruntuya dayalı bir düşünce ile geçersiz kılınması câiz değildir.

Zamandaki mühâyeenin başlama sırası

Taraflar muhâyee sözleşmesi yaptıkları halde sıranın kimden başlayacağı konusunda çekişirlerse, bunu belirleme yetkisi hakime ait olur. Hakim paylaştırmada olduğu gibi dilediği kişiye ilk sırayı verir.

Hizmet ve barınma konusunda yapılan muhâyee sözleşmesinin sırasını belirleme yetkisi de hakime aittir; taraflardan birisine meyletmeksizin olayı inceleyerek dilediği kişiden sırayı başlatır. Ancak hakimin kendisiyle ilgili olarak doğabilecek olumsuz düşünceleri (töhmet) ortadan kaldırmak için, taraflar arasında kura çekmesi daha iyidir. Daha önce açıkladığımız gibi hakimin, kura çekmeden uygulamaya koyma yetkisine sahip olduğu konularda bile, ortakların gönüllerini hoş tutmak ve hakkında doğabilecek taraflardan birisine meylettiği şeklindeki düşünceleri bertaraf etmek için, kura yoluna başvurması mümkündür.

İki hayvanı bineklik olarak kullanmak veya gelirini almak üzere yapılan muhâyee Ebû Yusuf (rh.a.)'un bildiğine göre Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre câiz değildir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre ise bunların ikisi de câizdir. Gelirdeki muhâyeenin câiz oluşu, iki kölenin gelirleriyle ilgili olarak yapılan muhâyeeye dayanır. Burada Ebû Yusuf'un Ebû Hanîfe (rh.a.)'den yaptığı rivayet doğrudur. Zaten Muhammed (rh.a.) bu yüzden: "Ebû Yusuf (rh.a.)'un bildiği rivayette" demiştir. Çünkü Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre paylaşım konusunda iki hayvan (dabbe), iki köle gibi değildir; iki hayvanla ilgili olarak zorla paylaştırma geçerli olduğu halde, bu, iki köle hakkında geçerli değildir. Ancak burada amaç, her iki tarafın hayvanın mülkiyetine sahip olmaları nedeniyle olduğu için, bu sözleşme koyunların yavruları ve sütleri üzerinde yapılan muhâyee sözleşmesine benzer. Ebû Hanîfe (rh.a.) aynı şekilde bunu da câiz görmez.

İki hayvanı bineklik olarak kullanmak üzere yapılan muhâyeeye gelince, Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) bu konuda şöyle demektedir: "Hayvanları bineklik olarak kullanma yararı, kölenin hizmetini ve evin barınma hakkını kullanma yararına benzer." Görmez misin bunların kira akdi ile hak edilmesi câizdir. Âriyet akdi ile elde edilmesi böyledir. İki kölenin hizmeti üzerinde muhâyee yapmak câiz

olmadığı[91] gibi, iki hayvanı binek olarak kullanmak üzere yapılan muhâyee de yapmak da câiz değildir.

Ebû Hanîfe (rh.a.) ise şunları söylemektedir; "Iki kölenin hizmeti üzerinde yapılan muhâyee geçerli oluşu payların eşitliği (muâdele) ve birbirinden ayrılabilmesi (temyiz) özelliklerine dayanır. Halbuki bu durum iki hayvanı bineklik olarak kullanma konusunda mümkün değildir. Çünkü insanlar bir hayvanı binek olarak kullanırken farklı davranırlar; kimisi hayvana yumuşak davranırken kimisi ağır yük yükleyebilir. Bu yüzden bir kimse kendisi binmek üzere bir hayvan kiralasa veya âriyet alsa bir başkasını bu hayvana bindiremez. Bu da göstermektedir ki yararlananların değişmesine göre değişiklik arz etmeyen hizmet ve barınma şeklindeki yararların aksine, ortaklar arasında iki hayvandan binek olarak yararlanmada eşitliğin bulunduğundan söz etmek mümkün olmaz." Görmez misin bir kimse hizmetinden yararlanmak üzere kiraladığı/tuttuğu bir köleyi başka birisine kiraya verebilir. Işte bu yolla, iki hayvan üzerinde onları binek olarak kullanmak noktasında yapılan muhâyeenin câiz olmadığı ortaya çıkınca, gelir üzerinde yapılan sözleşmenin öncelikle câiz olmaması gerekir.

Çünkü bir hayvanın kira akdi sonucunda getireceği gelir onu binek olarak
[20/175] kullanan kişiden alınır. Böyle bir şey ise muhâyee sözleşmesi sırasında belirli değildir. Ayrıca her hayvanın uğrayacağı zarar onu binek olarak kullanan kişiye göre değişir. Işte bu yüzden böyle bir sözleşme câiz değildir.

Bir tek hayvanı binek olarak kullanmak üzere yapılan muhâyeede de yukarıda açıkladığımız görüş ayrılıkları vardır.

Çünkü Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre tek bir kölenin geliri üzerine yapılan muhâyee geçerli olmadığı gibi, tek bir hayvanın geliriyle ilgili olarak yapılan muhâyee de geçerli değildir.

Koyunların sütleri ve yavruları konusunda yapılan muhâyee de geçerli değildir.

Çünkü bunlar duruma göre az veya çok olur. Ayrıca bunların meydana gelip gelmeyeceği risk (hatar) taşımaktadır ve taraflardan her birinin bu sözleşme ile güdülen asıl amacı elinde bulunan kısımdan elde edememesi mümkündür.

Bir evde barınma ve bir kölenin hizmet üzerinde yapılan muhâyee sözleşmesi geçerlidir.

Çünkü taraflardan her birinin sözleşme ile elde etmeyi amaçladıkları şeyi, aynı türden olması durumunda muhâyee sözleşmesi ile kazanmak câiz olduğuna göre, türlerin farklı olması (ihtilafü'l-cins) durumunda öncelikle câiz olması gerekir.

---

[91] Bu tercüme matbu nüshaya göre yapılmıştır. Ancak yazma nüshada "câizdir" şeklinde geçmektedir.(Süleymaniye kütüphanesi, Damat Ibrahim Paşa Nüshası, 650 nolu kayıt, varak 302/b)

Ancak gelir üzerinde yapılan muhâyee sözleşmesi Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre geçersiz (batıl) iken Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre câizdir.

Çünkü Ebû Hanîfe'ye göre kölenin geliri muhâyee sözleşmesi ile kazanılamaz. Bu yönün göz önünde bulundurulması sözleşmeyi geçersiz kılar. Evin gelirini dikkate almak ise sözleşmeyi geçerli kılar. Bir evi bin dirhem gümüş ve bir rıtl içki karşılığı satma olayında olduğu gibi, burada da iki unsurdan birisinin sözleşmeyi geçersiz kılan bir özellik taşıması sözleşmeyi geçersiz kılar.

Tarafların, bir araziyi her biri arazinin belirli bir bölümünü ekmek ve kiraya vermek üzere yaptıkları muhâyee sözleşmesi, bir evin barınma hakkı üzerinde yapılan muhâyee sözleşmesi gibi geçerlidir. Ancak taraflardan her ikisi veya birisinin, isterse muhâyee sözleşmesini iptal ederek araziyi paylaşma hakları saklıdır.

Çünkü daha önce de açıkladığımız gibi böyle bir durumda asl olan malın aslını paylaşmaktır. Zaten payların tam olarak ayrılması (temyiz) da bu şekilde sağlanır.

Miras bırakan kişinin hakları konusunda mirasçı o kişinin yerini aldığı için, her iki tarafın mirasçıları da onların yerini alır.

Bir ev ve bir araziyle ilgili olarak tarafların, aralarında birisinin evde kalması diğerinin de araziyi ekmesi şeklinde muhâyee sözleşmesi yapmaları ile bir ev ve hamam üzerinde yapılan muhâyee sözleşmesi de böyledir.

Çünkü her iki yararın da muhâyee ile kazanılması câizdir.

Muhâyee bir evle ilgili olup taraflar, birisi alt katta diğeri üst katta kalacak şekilde anlaştıkları halde, üst kat yıkılsa burada kalacak olan tarafın alt katta kalan kişiyle birlikte barınma hakkı vardır.

Mühayeede, taraflardan birisine düşenin kullanılmaz duruma gelmesi

Çünkü üst katta kalacak olan kişi alt katla ilgili barınma hakkının düşmesine, üst katın barınma hakkının kendisine ait olması koşuluyla razı olmuştur. Ancak burası yıkıldığı için söz konusu koşul gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla kendi payı üzerindeki mülkiyeti dikkate alınarak alt katla ilgili barınma hakkı devam eder. Söz konusu kişinin mirasçıları da kendisi gibidir.

Taraflar bir kölenin veya câriyenin hizmeti üzerinde ya da bir köle ile bir câriyede köle taraflardan birisine, câriye de diğerine hizmet edecek şekilde muhâyee yapıp, herkesin kendisine hizmet eden kişinin yiyecek masraflarını karşılaması koşulunu koşsalar, bu sözleşme kıyas deliline göre geçerli olmaz.

Çünkü her birinin sırası geldiğinde köle ve câriyeden ne kadar yiyecek tüketileceği belirli değildir. Çünkü bir kimse bazen yemek için iştahı artarken bazen azalır. Halbuki taraflar arasında mülkiyette eşitlik bulunduğu için yiyecek

masraflarıyla ilgili sorumluluklarının da eşit olması gerekir. Dolayısıyla söz konusu koşul dikkate alındığında taraflar arasında belirli olmayan (meçhul) bir konuda bedelli (muâvaza) bir akit yapılmış olacaktır. Köle ile câriye konusunda bu kıyas daha açıktır.

Ancak Muhammed (rh.a.) yiyecek konusundaki farklılıkların aşırı olmamasını ve halkın bu noktadaki toleranslı davranışlarını göz önünde bulundurarak söz konusu işlemin istihsan deliline göre câiz olduğunu söylemiştir.

Taraflar aynen bu şekilde, giyecek masraflarının karşılanmasını koşul koyarlarsa sözleşme geçerli olmaz.

Çünkü giyim konusundaki farklılıklar çok fazladır. Yiyecekle ilgili olarak gösterilen tolerans (kolaylık) giyim-kuşam konusunda gösterilmez.

[20/176] Ayrıca gerek köle gerekse câriye yedikleriyle hizmet sunabilmek için güç kazanırlar. Zaten taraflardan her biri sonuçta kendisi yararlanacağı için hizmet sunacak kölelerin yeteri kadar yiyecek almasına engel olmaz. Yine belirsizlik taraflar arasında anlaşmazlık doğmasına yol açmayacak ölçüde ise sözleşmeyi geçersiz (fâsid) kılmaz. Ancak bu gerçekler giyim için söz konusu değildir. Çünkü giyimin, hizmeti daha fazla sunabilme noktasında kişiye güç kazandırma gibi bir etkisi yoktur.

Taraflar belirli bir giysinin kullanılması için süre belirleseler, bu kıyas deliline göre geçerli olmaz. İstihsan deliline göre ise geçerlidir.

Çünkü giysinin nitelikleri açıklandıktan sonra aradaki farklılıklar azalır ve yok olur. Taraflar arasında çekişmeye neden olacak unsurlar da ortadan kalkar.

Ayrıca burada bedelli/karşılıklı olma özelliği, bağlayıcılık niteliği olmayan bir sözleşmede gerçekleşmiştir. Çünkü bu muhâyee üzerine kurulur. Halbuki daha önce de açıkladığımız gibi muhâyeede bağlayıcılık hükmü bulunmaz. Bu tür durumlarda niteliğin açıklanması mehir v.b işlemlerde olduğu gibi tesmiye/belirleme (malın adının söylenmesi) ile sabit olur.

İki kişi ortaklaşa sahip oldukları koyun sürüsüyle ilgili olarak her biri birer ay otlatacak şekilde veya bunun için bir çoban tutmak (icâre) üzere muhâyee yapsalar bu sözleşme geçerli olur.

Çünkü hayvanların otlatılması, insanların yiyecek masrafı gibidir. Burada farklılık bulunmaz.

Bu konuda özgür ile köle eşit olduğu gibi, küçüğün velisi de küçük yerindedir. Çünkü bu, kişinin ihtiyaçlarından olup, o kişinin mülkünü iyileştirme anlamı taşır. Bu tacirlerin yaptıklarındandır.

Ortaklar iki câriyenin hizmeti üzerinde muhâyee yapsalar ve taraflardan birisi kendi yanında bulunan câriye ile cinsel ilişkide bulunup

onun gebe kalmasına neden olursa, bu sözleşme geçersiz (fâsid) duruma gelir.

Çünkü bu kişi câriyeden çocuk sahibi olduğunda, ortağının payını değerinin yarısını ödemek suretiyle mülk edinmiştir. Muhâyee ancak ortak bir uygulama ile başladığında geçerli olduğu gibi devamlılığı da buna bağlıdır. Taraflardan birisi câriyeden çocuk sahibi olduğunda, artık söz konusu kişiler arasında ortaklık kalmaz.

Câriyelerden birisi öldüğünde veya kaçtığında sözleşme yine geçersiz duruma gelir.

Çünkü diğer taraf, karşı tarafın elindeki câriyenin hizmetinin tam olarak kendisine salimen gelmesi koşuluyla öteki câriyenin ona bırakılmasına razı olmuştur. Ancak câriyenin ölmesi veya kaçması durumu bunu ortadan kaldırmıştır.

Taraflardan birisi ilk üç gün hariç bütün bir ay boyunca câriyeyi hizmetinde kullandıktan sonra bu câriye hastalanır veya kaçarsa, diğer tarafın da eşitlik ilkesi göz önünde bulundurularak, kendisine ait bir aylık süreden üç gün eksiltilmesi gerekir. Sonra muhâyee tekrar başlatılır. Çünkü burada her iki taraf da ortak bir mülkiyetin yararını almaktadır. Ancak diğer taraf süresinden üç gün eksiltilmese ve bu kişi tam bir ay boyunca câriyeyi hizmetinde kullansa, ortağına karşı herhangi bir yükümlülüğü olmaz.

Çünkü söz konusu kişi hizmetin bir kısmını elde etmede ortağına üstün gelmiştir. Ayrıca hizmet, ancak bir sözleşmede belirleme yapılmışsa değerli (mütekavvim) duruma gelir.

Câriyelerden birisi kaçmış ve bütün bir ay boyunca hizmet sunmadığı halde diğer ortak kendi elindeki câriyeyi tam bir ay hizmetinde kullanmışsa gördüğü bu hizmete karşılık ortağına karşı tazminat ve ücret ödeme gibi bir yükümlülüğü olmaz.

Çünkü telef edilmekle yarar ödenmez. Görmez misin ortaklardan birisi ortağının izni olmadan ve aralarında muhâyee sözleşmesi de bulunmadan ortak câriyeyi hizmetinde kullansa bundan dolayı gasp eden gibi karşı tarafın zararını ödemekle yükümlü değildir.

Câriyelerden birisi hizmet sırasında zarar görse, bu câriyeyi elinde bulunduran kişi ortağına karşı ödeme yükümlüsü olmaz.

Çünkü her iki taraf da kendi elinde bulundurduğu ortağına ait pay konusunda emanetçi sayılırlar. Burada söz konusu kişi ortağının iznine dayanarak câriyeyi hizmetinde kullandığı için ödünç alan veya kiracı gibidir.

Ortaklardan birisi elinde bulunan câriyeyi evlendirirse bu işlem geçerli olmaz.

Çünkü evlendirme, velilik yetkisi aranan bir kullanımdır. Velilik yetkisi ise câriyenin çıplak mülkiyetine sahip olan kişi için sabit olup, taraflardan hiçbirisi muhâyeeden önce olduğu gibi sonrasında da kendi elinde bulunan kısımlarda böyle bir mülkiyete tam olarak sahip değildir.

[20/177]

Koca, evlendiği câriye ile cinsel ilişkide bulunmuşsa mehiri ortaklar paylaşır.

Çünkü mehir, kadının cinselliğinden yararlanmanın bedelidir. Bu da, erş (organ diyeti) gibi câriyenin aslından (ayn) bir parça hükmündedir. Burada câriyeyi evlendiren kişi belirlenen (müsemma) mehrin yarısı ile mehr-i mislin[92] yarısından hangisi daha az ise onu alır. Çünkü o, belirlenen mehri aşan kısımla ilgili hakkının düşmesine razı olmuştur. Onun bu rızası kendisiyle ilgili olarak dikkate alınır. Câriyeyi evlendirmeyen diğer ortak ise mehr-i mislin yarısını alır. Çünkü o, herhangi bir belirleme yaparak bu noktadaki hakkının düşmesine razı olmamıştır.

Bir evde barınma konusunda yapılan muhâyee sözleşmesi de böyledir. Çünkü taraflardan birisinin sırası geldiğinde ev yıkılır veya yanar, ya da (duvarları) çatlarsa ödemekle yükümlü olmaz. Çünkü bu kişi âriyet alan veya kiracı gibi değerlendirilir.

Evde kalan taraf burada abdest alsa ve atık su nedeniyle birisi kayıp düşse veya eve bir şey koysa, ya da otursa, yahut oraya bir binek hayvanı bağlasa ve konak halkından birisi veya bir başkası oradan geçse ödeme yükümlüsü olmaz.

Çünkü bunların tümü barınma hakkıyla ilişkili olan haklardır (tevâbî). Görmez misin âriyet alan ile kiracının bunları yapma hakkı vardır. Taraflardan birisinin ortağının verdiği yetkiye dayanarak yaptığı uygulama her ikisinin uygulaması gibidir.

Muhâyee ile evi kullananın, eve ek bina yapması

Evi kullanan kişi bu eve yeni bir bina eklese veya orada bir çukur kazsa ödeme yükümlüsü olur. Payı oranında kendisine başvurulabilir.

Çünkü bu kullanım barınma hakkıyla ilgili ikinci derece haklar arasında yer almadığı gibi, muhâyee (yararı paylaşma) sözleşmesi ile de kazanılamaz. Bu bakımdan böyle bir kullanımda bulunan taraf ortağının payında yetki sınırını aşan haksız bir kullanımda bulunmuş olur. Neden, yetki sınırını aşan haksız bir kullanımla meydana gelmişse, ödeme yükümlülüğü doğurması konusunda doğrudan yapılan fiil gibidir. Ancak buradaki kullanım diğer ortağın payında bir eksiltme meydana getirmeden gerçekleştiği için payı oranında başvurma hakkı vardır.

---

[92] **Mehr-i Misil**: Emsâl mehir, nikâh akdi sırasında mehir konuşulmadığında, kadının yaş, güzellik, bekâret vb. özelliklerinde akran ve dengi kadınların nikâhlarında aldığı, otomatikman nikâh da var olan mehirdir.

İki kişi, iki hizmetçide, daha iyi hizmet sunan hizmetçi taraflardan birisine bir yıl, diğer hizmetçi de öteki tarafa iki yıl süreyle hizmet edecek şekilde muhâyee sözleşmesi yapsa bu sözleşme geçerli olur.

Çünkü burada her iki tarafın karşılıklı rızası vardır. Hizmette amaç olan denklik gerçekleşmiştir.

Câriyelerden birisi doğum yapsa ve muhâyee sözleşmesinin süresi uzun olup da çocuk bu süre içinde gençlik devresine girse, söz konusu çocuğun hizmeti taraflar arasında ortaktır.

Çünkü muhâyee sözleşmesi ile hizmetin hak edilmesi, vasiyet veya kira (icâre) sözleşmesinde olduğu gibi çocuğa geçmez. Çocuk her iki tarafın mülkiyetinde bulunan câriyenin kendisinden (ayn) doğmuştur. Malın aslı gibi taraflar arasında ortaktır; muhâyee sözleşmesi, bu çocuğu gerek asli gerekse tabi unsur olarak kapsamına almaz. Bu bakımdan câriyenin hizmeti gibi çocuğun hizmeti de taraflar arasında ortaktır.

"Ortaklardan birisi borçlu olarak ölse mirasçılarının muhâyee sözleşmesini uygulamaya koyma yetkileri bulunmaz. Ancak bu ortağın payı borcunun ödenmesi için satılır" denilmiştir.

Çünkü söz konusu kişi ölünce alacaklılarının hakkı ona ait paya bağlı duruma gelmiştir. Onların hakkı mirasçılarının hakkına göre daha önceliklidir. Ölünün borçları olduğu gibi dururken mirasçıların kendilerinin yeni bir muhâyee sözleşmesini yapmaları câiz olmadığı gibi, yapılmış bir muhâyee sözleşmesini devam ettirme yetkileri de yoktur.

Taraflardan birisi hizmetçilerden birisindeki payını satsa veya onu özgür kılsa, bu kullanımı geçerli olurken, muhâyee (yararı paylaşma) sözleşmesi geçersiz duruma gelir.

Çünkü yaptığı satım sözleşmesi ve özgür kılma işlemi uygulamaya koyulduktan sonra taraflar arasında artık ortaklık kalmaz.

Taraflardan birisi kendi payında geçerli olmak üzere mükâtebe sözleşmesi yapsa, diğeri görebileceği zararı önlemek için bu sözleşmeyi bozabilir. Diğer ortak, köle mükâtebe bedelini ödeyinceye kadar bu sözleşmeden haberdar olmamışsa muhâyee sözleşmesi geçersiz duruma gelir.

Taraflardan birisi kendi payını geçersiz bir satım sözleşmesi ile sattığı halde teslim gerçekleşmemişse, muhâyee sözleşmesi bozulmaz. Ortaklık aslında olduğu gibi devam eder. Ancak teslim gerçekleşmişse sözleşmeyi yapan tarafın payı üzerindeki mülkiyeti sona erdiği için, muhâyee sözleşmesi geçersiz duruma gelir.

Geçerli (câiz) bir satım sözleşmesinde ise teslim gerçekleşsin veya gerçekleşmesin mülkiyet, sözleşme yapıldığı anda sona erdiği için muhâyee sözleşmesi de geçersiz duruma gelir.

Alıcının muhayyerlik hakkı varsa hüküm yine böyledir.

[20/178] Çünkü alıcının muhayyerlik hakkına sahip olması durumunda satıcının mülkiyeti sona erer.

Satıcı muhayyerlik hakkına sahipse satıcı satım sözleşmesini geçerli kılmadığı sürece muhâyee sözleşmesi geçersiz duruma gelmez.

Çünkü satıcının muhayyerlik hakkına sahip olması, muhayyerlik hakkı düşürülmediği sürece, bu hakkın geçerli olduğu süre içinde mülkiyetinin sona ermesine engel oluşturur.

Allahu Teâlâ doğruyu daha iyi bilir.

BABA, VASİ VE MİRASÇININ YAPTIĞI SULH AKDİ

Babanın küçük çocuğu adına sulh yapması

Küçük çocuğun sahip olduğu bir konak veya kölede birisi hak iddiasında bulunsa ve küçüğün babası yine küçüğe ait bir mal karşılığı dâvacı ile sulh akdi yapsa bakılır;

Eğer dâvacının delili (beyyine) varsa ve babanın verdiği çocuğa ait mal, dâvacının hakkı kadarsa veya normal koşullarda başka insanların da aldanabileceği kadar bir fazlalık varsa sözleşme geçerlidir.

Çünkü dinen (şer'an) dâvacının hak elde etmesini sağlayan neden açıktır. Burada baba, bu sulh akdini yapmakla belirli bir eşyayı (ayn), oğlunun malıyla oğlu için almış gibi olur. Buna ek olarak baba, oğluyla ilgili olarak yaptığı bu kullanımda töhmet altında tutulamaz. Delili bulunduğu için dâvacının hak sahibi olduğu ortaya çıkınca baba çocuğun haklarını gözetme amacı gütmüştür. Belki de çocuğun elinde bulunan konak veya kölenin kendisinin (ayn) ona sağlayacağı yararı bunların değerinden elde etmek mümkün olmayacaktır.

Dâvacı lehine delil (beyyine) bulunmuyorsa çocuk adına, onun malı ile sulh akdi yapmak câiz değildir.

Çünkü dâvacı, çocuğa karşı açmış olduğu dâva ile, çocuğa yemin teklif etme hakkı (istihlaf) kazanır. Gerek baba gerekse çocuk, dâvalı çocuk ergenlik çağına girinceye kadar yemin etmez. Baba yemin etme yükümlülüğünden çocuğun malı ile kurtulur. Yemin ise mütekavvim (değer sahibi bir mal) değildir. Ancak babanın değerli mal olmayan bir şeye karşılık çocuğun malını verme yetkisi yoktur.

Babanın kendi malı ile yaptığı sulh akdi geçerlidir. Bu durumda baba, kendi malı ile sulh akdi yapıp bunu ödeyen üçüncü kişiler gibi değerlendirilir.

Babanın çocuğu lehine iddia ettiği şeye karşılık sulh yapması

Baba aynı hususlarla ilgili olarak çocuk lehine hak iddiasında bulunsa ve karşı tarafla bu hakla aynı değerde bir şey karşılığı sulh akdi yapıp bunu teslim alsa veya aldığı karşılık, normal koşullarda başka insanların da aldanabileceği kadar bu haktan az ise, iddia ettiği şeyi bu malı elinde

bulunduran kişiye satması durumunda olduğu gibi yapılan sulh akdi geçerlidir. Ancak alınan karşılık iddia edilen şeye göre çok azsa, baba (dâvacı) lehine delil (beyyine) bulunması durumunda sözleşme geçerli değildir.

Çünkü delil bulunduğu için dinen çocuğun hak sahibi olmasını sağlayan neden açıktır. Burada baba, yaptığı sulh akdiyle bir bakıma çocuğun malını aşırı derecede aldanılan bir bedel (gabn-i fahiş) karşılığı satmaktadır.

Babanın elinde İddia ettiği hakla ilgili olarak herhangi bir delili yoksa yapılan sulh akdi geçerlidir.

Çünkü çocuk zilyede (malı elinde tutan kişiye) karşı sadece yemin teklif edebilir. Yeminin ise çocuğa sağladığı herhangi bir yarar yoktur. Burada baba, mal olmayan bir şeye karşılık mal vermiştir. O bu konuda töhmet altında tutulamaz. Çünkü o, mal olmayan bir şeyi mala dönüştürerek çocuk lehine bir kullanımda bulunmak istemiştir.

Vasînin vasiliği (vesâyeti) altındaki çocuk için sulh yapması

Bu konuda, babanın ölümünden sonra babanın atadığı vasî[93], baba gibidir. Dede ile dedenin atadığı vasinin durumu da aynıdır. Bunlar dışında kalan anne, kardeş gibi kişilerin çocuk adına yaptıkları sulh akdi ise geçerli değildir.

Çünkü bunların çocuk üzerinde velilik yetkileri yoktur. Çocukla ilgili olarak yaptıkları sulh akdi konusunda bu kişiler üçüncü kişiler gibidir.

Bunak da çocuk gibidir. Çünkü onunla ilgili kullanımları velisi yapar.

Çocuğun birisinden alacağı bulunsa ve babası, borçlu ile borcun bir kısmı üzerinde sulh akdi yapıp bir kısmını da düşürse, bu durumda sözleşmeyi üstlenen kişi baba ise yapılan indirim Ebû Hanîfe ve Muhammed (rh.a.)'e göre geçerlidir. Ancak baba indirdiği miktarı ödemekle yükümlüdür. Ebû Yusuf (rh.a.) ise bunun geçerli olmadığı görüşündedir. İmamlarımızın bu konudaki görüş ayrılıkları "satım sözleşmesini vekil aracılığıyla yapmak" konusuyla ilgili görüş ayrılıkları gibidir.

[20/179]

Ancak baba bu sözleşmeyi (çocuğun velisi olarak) üstlenmemişse indirim geçerli olmaz. Vasinin durumu da böyledir. Çünkü bunların velilik yetkisine sahip olmaları, yaptıkları kullanımın çocuğun yararına olması koşuluyla kayıtlıdır. Halbuki çocuğa ait bir haktan indirim yapılarak hakkın bir kısmını düşürmek onun yararına bir kullanım değildir. Bu noktada gerek baba gerekse vasî üçüncü kişiler gibi değerlendirilir.

Vasî, konağın bir bölümü üzerinde hak iddiasında bulunup, konak sahibi bunu reddetse ve bu iddiadan vazgeçmesi için bir miktar para

---

[93] **Vasî / الوصي**: Sahip oldukları mallar üzerinde tasarruf hakkı bulunmayıp velileri de olmayan kimselerin menfaatlerini korumak ve onlar adına tasarrufta bulunmak üzere mahkeme tarafından tayin edilen kanunî temsilci.

karşılığı dâvacı ile sulh akdi yapıp bu parayı alsa ve vasilik vesayet altında bulunan yetişkin ve küçüklerin karşı taraf aleyhine delilleri yoksa yapılan sözleşme geçerli olur.

Çünkü vasî, kendisini atayan kişinin (mûsî) yerine geçer. Ayrıca buradaki sulh akdi, vasilik altında bulunan kişinin yararına olan bir kullanımdır. Burada vasî, açtığı dâva ile dâvalı tarafa sadece yemin etme sorumluluğu yüklemiştir. Ayrıca yarar kendisiyle borçların ödeneceği ve mirasçıları rahata kavuşturacak bir mal ile sağlanır.

Vasîlik altındakilerin, karşı taraf aleyhine delili bulunsa ve vasînin teslim aldığı miktar iddia ettiği kısmın değeri kadarsa veya normal koşullarda başka insanların da aldanabileceği ölçüde az ise yapılan sözleşme Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre tümü hakkında geçerlidir. Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.) ise bu sözleşmenin büyüklerin payında da geçerli olmasını onların razı olması koşuluna bağlar. İmamlarımızın bu konudaki anlaşmazlıkları, "ölenin mirasçılarının yetişkin ve küçüklerden oluşması durumunda vasînin terekeden bir şeyler satması" konusundaki anlaşmazlıklarına benzemektedir. Bu meseleyi "Şuf'a" konusunu işlerken açıklamıştık.

Ebû Yusuf ve Muhammed (rh.a.)'e göre vasîlik (vesâyet) altındakiler lehine delil bulunup bulunmaması arasında bir fark yoktur.

Çünkü vasînin, mirasçılar arasındaki yetişkinler üzerinde velilik yetkisi yoktur. Vasî onlar hakkında yabancı gibidir.

Anne ve kardeşin atadığı vasînin sulh yapması

Anne ve kardeşin atadığı vasînin taşınmazlar dışında kalan mallarda çocuk adına yaptığı sulh akdi, babanın atadığı vasînin yaptığı sulh akdine benzer.

Çünkü vasînin, kendisini atayan kişinin terekesindeki taşınmazlar dışındaki mallarını satma yetkisi bulunduğu gibi, bunlarla ilgili olarak sulh akdi yapma yetkisi de vardır. Ancak vasî atayan kişinin, terekeden çocuğun payına düşen taşınmazları satma yetkisi bulunmadığı gibi, vasî de çocuğun mülkiyeti üzerinde böyle bir kullanım yetkisine sahip değildir. Aynı şekilde bunlarla ilgili olarak sulh akdi yapma yetkisi de yoktur.

Mirasçılar, yetişkinler ve küçüklerden oluşuyorsa, vasînin taşınmazlar dışındaki mallarla ilgili olarak yaptığı sulh akdi, korumak amacıyla bunları satmasında olduğu gibi, mirasçıların yararına olması koşuluyla geçerlidir.

Ölü borçlu ise veya bir vasiyette bulunmuşsa vasînin, ölünün bir konakla ilgili olarak açtığı dâvadan vazgeçerek yaptığı sulh akdi, mirasçıların küçük olması durumunda yukarıda anlattığımız gibidir.

Çünkü borç ve vasiyet dikkate alındığında vasî lehine ölüyle ilgili olarak geniş bir yetki alanı doğmaktadır. Hatta Ebû Hanîfe (rh.a.)'ye göre terekenin tamamını satsa bu sözleşme geçerli olur. İşte sulh akdi de böyledir.

Büyük mirasçı, vasîye karşı dâva açıp altın-gümüş, köle veya ticaret eşyası gibi miras malları üzerinde hak iddia etse ve vasî bunu inkar ettikten sonra, tüm bunlara karşılık belirli bir köle veya elbise üzerinde sulh akdi yapsa bu sözleşme geçerli olur.

Çünkü üzerinde sulh akdi yapılan bedelle ilgili olarak tarafların karşılıklı rızası bulunmaktadır.

Vasî, "Sana karşı olan yemin etme sorumluluğundan kurtulmak (fidâ) için şu karşılığı veriyorum" dese hüküm yine böyledir.

Çünkü inkar üzerine yapılan sulh akdi, mal karşılığında, yemin etme yükümlülüğünden kurtulmak demektir. Burada fida sözcüğü ile sulh sözcüğü arasında bir fark bulunmamaktadır.

Mirasçılar iki kişi olup vasîye karşı böyle bir iddiada bulunsalar ve mirasçılardan birisi herhangi bir ikrarda bulunmaksızın bir taşınmaz mal karşılığı sulh akdi yapsa diğer mirasçının vasîye başvurarak herhangi bir şey alma hakkı olmaz.

Çünkü vasî inkar üzerine sulh akdi yapınca diğer mirasçı lehine herhangi bir hak ikrarında bulunmuş olmaz. O bu şekilde yemin etme sorumluluğundan kurtulmuştur.

Ancak diğer mirasçı isterse vasîye yemin teklifinde bulunabilir.

Çünkü "yemin ettirme" hakkı her iki mirasçı için de sabittir. Mirasçılardan birisi mal karşılığı bu hakkını düşürmüştür. Böyle bir kullanım kendisi için geçerlidir. Ama razı olmadığı sürece diğer mirasçı hakkında geçerli değildir. Dolayısıyla bu mirasçı razı olmazsa yemin ettirme konusundaki hakkı devam eder.

Diğer mirasçı, teslim aldığı malda kardeşine ortak olmak isterse, yapılan sulh akdine razı olduğu dikkate alınarak, ona böyle bir hak tanınır. Sulh akdini birlikte yapmış gibi kabul edilirler. Ancak bu durum mirasçıların iddia ettikleri şey telef edilmiş / tüketilmiş olması[94] durumunda geçerlidir. [20/180]

Çünkü yapılan sulh akdi, bu mirasçıların kendileriyle ilgili iddialarına dayanır. Bu iddiaya göre iddia konusu şeyin değeri, vasînin ödemekle yükümlü olduğu ortak bir alacaktır. Ortaklardan birisi alacakla ilgili olarak herhangi bir şey karşılığı sulh akdi yaptığında bunun yarısını ortağına verinceye kadar teslim alınan şeyle ilgili olarak aralarındaki ortaklık devam eder.

Mirasçılar, küçükler ve yetişkinlerden oluşup, vasî büyüklerin ve küçüklerin iddiasına karşılık büyüklerle belli miktarda para karşılığı sulh

[94] Gerek matbu gerek yazma nüshada müstehlek yazıyor. Bkz. Süleymaniye Kütüphanesi Damat İbrahim Paşa nüshası No: 650. Varak. 304/a. Ama "müşterek" olduğu zaman da var. Aşağıdaki açıklamalar bu olasılığı destekliyor.

akdi yapsa ve bunu büyükler teslim alıp, küçüklerin payını onlara harcasalar, yapılan işlem küçükler hakkında geçerli olmaz.

Çünkü büyüklerin, küçükler üzerinde velilik yetkisi yoktur. Ancak küçüklerin, ergenlik çağına girince vasîye kendi payları oranında başvurma hakları vardır.

Bu durumda vasî de büyüklerin aldığından, küçüklerin payını almak üzere onlara başvurur.

Çünkü onlar bunu iddianın tamamına karşılık verilen bir bedel olarak zannetmişlerdir. Ancak küçüklerin kendi paylarıyla ilgili olarak elde ettikleri hak vasînin sorumluluğundadır. Bu bakımdan onlar bu pay oranında büyüklerin aldığı miktar onlardan isterler.

Vasî, ölenin mirasından kendisinde bulunan bir kaç dirhemin, mirasçılardan birisine ait olduğunu ikrar etse ve diğer mirasçılar onun ikrar ettiği bu paradan kendi paylarını alabilmek için vasîden isteseler, böyle bir hakları bulunmaz. Ancak vasînin ikrarda bulunduğu miktar mirasçılar arasında miras paylarına göre paylaştırılır.

Çünkü vasî, elindeki terekeyi (mirası) emanetçi kişi niteliğiyle bulundurmaktadır. Emanetçi niteliğiyle malı elinde bulunduran kişinin "kendisinin sorumluluğunun kalmadığına dair beyanı" dikkate alınır. Ancak söz konusu malın kendisinden başka birisine verildiğine dair iddiası, emanetçinin emanet malı vasîye verdiğine dair iddiası gibi kabul edilmez. Burada da vasînin "büyüklerin payını teslim ettiğini veya böyle bir malın kendisine hiç ulaşmadığını" belirten ve kendisinin sorumluluğunun kalmadığına dair beyanı kabul edilir. Fakat küçükler lehine ikrarda bulunduğu mallarla ilgili olarak büyüklerin hakkını düşürme konusundaki beyanı kabul edilmez. Çünkü bu mal terekenin bir parçasıdır. Terekenin aslı dikkate alınarak bunun da mirasçılar arasında ortak olduğu ortadadır. Bu bakımdan, vasînin söz konusu malın mirasçılardan sadece birisine ait olduğu şeklindeki sözü kabul edilmez. Bunun dışındakiler, telef olmuş mal gibi, terekeden sayılırlar ve bunda aralarındaki ortaklık devam eder.

Vasî, arkasında iki oğul bırakan bir ölüye ait kendisinde bin dirhem bulunduğunu ikrar etse ve oğullardan birisi kendi payı için vasînin malından dört yüz dirhem karşılığı sulh akdi yapsa bu sözleşme geçerli olmaz.

Çünkü vasî, bu mirasçıya payından daha az bir miktar vermiştir. "Alacak-borç (deyn)" konusunu işlerken bu tarzda bir sulh akdinin düşürme yoluyla geçerli duruma getirilebileceğini açıklamıştık. Ancak buradaki sözleşmeyi düşürme yoluyla geçerli kılmak mümkün değildir. Çünkü bu belirli bir mald[illegible]n) ve vasînin elinde emanet olarak bulunmaktadır. Buradaki işlemi bedelli bir sözleşme (muâvaza) olarak ele almak gerekir. Beş yüz dirhemin dört yüz dirhem ile değiştirilmesi ise câiz değildir.

Vasînin elinde bin dirhemle birlikte bir de eşya bulunsa hüküm yine böyledir. Burada sözleşmeyi geçersiz kılan neden (illet) daha açıktır.

Eğer vasî bu parayı (harcayıp) tüketmiş olsaydı dört yüz dirhem karşılığı yapılan sulh akdi geçerli olurdu.

Çünkü vasînin harcadığı mal borcu olur. Sulh akdi yapan mirasçı ise kendi hakkının bir kısmından vazgeçerken kalan kısmını almıştır. Yapılan sulh akdi düşürme yoluyla geçerli duruma gelir.

Birisi ölse ve arkasında bir oğlu ile hanımını bıraksa, miras olarak da köle, taşınmaz mal ve bazı eşya kalsa, ardından oğul bunları teslim alarak tüketse (harcasa/telef etse) veya tüketmese ve daha sonra adamın karısı onunla ikrar veya inkara dayalı olarak vâdeli veya peşin bir miktar para karşılığı sulh akdi yapsa, bu sözleşme geçerli olur. Burada kadının onunla yaptığı sulh akdi dâvalarda, yabancılarla yaptıkları sulh akdine benzer.

Çünkü burada kadın, ölenin oğluna karşı miras hakkı iddia etmektedir. Bu durumda eğer oğul söz konusu hakkın varlığını ikrar ederse, ikrara dayalı sulh akdi zaten geçerlidir. Burada oğlun verdiği eğer kadının elinde olduğu gibi duruyorsa onun payının karşılığıdır (ivaz). Ama tüketilmişse bu durumda kadın hakkının bir kısmını alırken bir kısmında dâvalıyı aklamış (ibra etmiş) olur. [20/181]

Fakat oğul, kadının hakkını inkar ederse, inkara dayalı olarak yapılan sulh akdi de yemin sorumluluğundan kurtulmak yoluyla geçerli olur. Daha önce tüm ayrıntılarıyla mirasçıların kendi aralarında yaptıkları sulh akdinin değişik çeşitlerini açıklamıştık.

Miras olarak bırakılan mallar arasında mal ve (altın-gümüş) para (ayn) ve alacaklar (deyn) varsa ve oğul kadınla bu paralar ve alacaklar dışında kalan tüm miras malları üzerinde sulh akdi yapsa, sözleşme geçerli olur.

Çünkü sulh akdi istisna edilen kısımları kapsamına almaz. Dolayısıyla bunlar miras bırakılan mallar arasında bulunmamış demektir. İşte dâva konusu malın tümü üzerinde sulh yapmak câiz olduğu gibi, bir kısmı üzerinde yapmak da câizdir. Bu bakımdan yapılan sözleşme geçerli olur.

Kadın, sadece ticaret malları ve taşınmazlar üzerindeki payı içinde sulh akdi yapsa bu sözleşme geçerli olur.

Oğlun "Senin eldeki altın ve gümüş paradaki bütün payını sana verdim" diye yazmışsa, kadın bunu ikrar ederse bu câizdir. Oğlun "bana karşı herhangi bir hak iddia etmemen koşuluyla, senin mirastaki tüm payını sana peşin olarak verdim" diye yazarsa, bu belge de hüküm ifade eder.

Çünkü kadının kendisiyle ilgili ikrarını dinen (şer'an) delil olarak kabul eder; onun ikrar ettiği şey, gözle görülen şey gibidir.

Bu durumda alacaklı kadına ödeyeceği borçla ilgili sorumluluktan kurtulur.

Çünkü mirasçılardan birisinin bu borcu diğer mirasçıya ödeyerek yaptığı teberru (bağış) yabancı birinin teberruu gibidir. Teberru niteliğindeki bir kullanımın mutlak olarak yapılması ise borçlunun bu konudaki sorumluluktan kurtulmasını gerektirir.

Mirasçılardan birisinin, kendisine vasiyet edilen kişi ile sulh akdi yapması

Yetişkin ve küçük mirasçıları olan bir kimse ölse ve malının üçte birini birisine vasiyet etmiş olsa, kendisine vasiyet edilen kişi, vasiyet edilen malı istese ve mirasçılardan birisi diğer mirasçılara değil sadece kendisine teslim edilmesi koşuluyla belirli bir miktar para karşılığı onunla sulh akdi yapsa, bu durumda ben, miras olarak bırakılan mal, kayıp mal ve nakit para bulunmasa ve miras bırakılan malın üçte biri ile sulh bedeli olan para eşitse sözleşmeyi geçerli kabul ederim. Ancak belirlenen paranın sulh akdini yapan tarafın elinde bulunması veya miras kalan malın köle ya da taşınmaz olması gerekir.

Çünkü kendisine vasiyet edilen kişi miras malında mirasçı ile ortaktır. Dolayısıyla burada mirasçılardan birisinin onunla sulh akdi yapması, mirasçıların birisinin payı diğerinin olmak üzere birbiriyle yaptığı sulh akdi gibidir. Mirasçının kendisine vasiyet yapılan kişiyle yaptığı akit de geçerlidir.

Miras kalan mallar arasında alacaklar da bulunuyorsa bu sözleşme geçerli olmaz.

Çünkü bu durumda alacağın üçte biri kendisine vasiyet edilen kişiye (mûsâ lehe) ait olacaktır. O da bunun bedelini mirasçıdan alarak, alacağı ona devretmiş (vermiş) olur. Ancak alacağın, borçlu dışında birisine bedel karşılığı devredilmesi câiz değildir.

Miras konusu mal, altın-gümüş para olup, bunun üçte biri mirasçının lehine vasiyet edilene verdiği para kadar veya ondan daha fazla olursa, bu sulh akdi geçerli olmaz. Çünkü sulh bedeli (altın-gümüş para) cinsinden olsa ve kendisine vasiyette bulunulan kişinin bu cinsten olan hakkının miktarı, mirasçıdan aldığı karşılık kadarsa veya bundan daha fazlaysa yapılan sulh akdi faiz olur. Böyle bir sözleşmenin mirasçılar arasında meydana gelmesi durumunda, geçersiz olacağını açıklamıştık. İşte mirasçı ile lehine vasiyet edilen arasındaki bu tür bir sözleşme de geçersizdir.

Mirastaki mûsâ lehin hakkı ile sulh bedelinin para olması

Miras olarak kalan altın-gümüş para, vasînin elinde bulunuyorsa ve mirasçının, lehine vasiyet yapılan kişiye verdiği bedel bunun üçte birinden fazla ise; mirasçının bu parayı birbirlerinden ayrılmadan önce vasiden teslim alması durumunda, yapılan sözleşme geçerli olur. Ancak mirasçı söz konusu parayı vasinin elinden teslim almadan önce tarafların üçü de birbirinden ayrılırsa, yapılan sulh akdi bu para oranında bozulur.

Çünkü yapılan sözleşme bu oranda sarf akdidir. Vasinin eli de emanetçi elidir. Burada mirasçı, sarf akdi hükümlerine göre vasinin elinin yerini alamaz. Bu bakımdan mirasçı ile vasî söz konusu para teslim edilmeden birbirlerinden ayrılacak olurlarsa, sarf akdi bedeli teslim edilmeden önce akit meclisini terketmiş olurlar. [20/182] Dolayısıyla sulh akdi bu oranda geçersiz duruma gelirken kalan kısımlar oranında geçerlidir.

Mirasçı dinar (altın para) karşılığı sulh akdi yapsa hüküm yine böyledir.

Çünkü sarf akdi hükümleri ve bedellerin akit meclisinde teslimin gerçekleşmesinin gerekliliği bakımından, sözleşmenin bu paralardan tek bir cinsi kapsamına alması ile, iki ayrı cinsi kapsamına alması arasında bir fark yoktur.

Tartılan veya ölçülen belirli bir mal karşılığı yaptığı sulh akdi ise geçerlidir.

Çünkü burada lehine vasiyet edilen (mûsâ leh) mirastaki payı karşılığında sulh bedeli olan malı satın almaktadır. Satın alınan mal da belirli olup vardır.

Belirli olmayan, bu tür bir mal karşılığı yapılan sulh akdi ise geçersizdir.

Çünkü burada tek bir sözleşme (safka vâhide) yapılmıştır. Miras malındaki altın-gümüş para oranında bu sulh akdi geçersiz olur. Çünkü bu, kişinin yanında bulunmayan bir şeyi satmasıdır. Ölçülen ve tartılan mallar, dirhem (veya dinar) karşılığı değiştirildiğinde satılan mal (mebî) olur. Sözleşme bir kısmı üzerinde geçersiz (fâsid) olduğu zaman tümüyle geçersiz duruma gelir.

Mirasçı ile lehine vasiyet edilen (mûsâ leh) ileride ödenmek üzere nitelikleri belirlenmiş kumaş karşılığı sulh akdi yapıp mirasçı, kendisine vasiyette bulunulan kişinin altın-gümüş paradaki payını teslim almadan önce taraflar birbirinden ayrılsa yapılan sözleşme kumaş üzerinde bu para oranında bozulur.

Çünkü buradaki sözleşme, selem akdiyle aynı niteliktedir. Dolayısıyla ana paranın / satış bedelinin (re'sü'l-mal) akit meclisinde teslim alınması koşuldur. Aksi durumda yukarıdaki sözleşme, borcu borç karşılığı satma olur. Teslim gerçekleşmeden önce tarafların birbirinden ayrılması durumunda yapılan sözleşme bu oranda geçersiz duruma gelir. Ancak bu, sözleşmeyi geçersiz kılan sonradan ortaya çıkmış (tari') bir unsurdur. Sözleşme yapıldığı anda var olan geçersiz kılıcı unsurun (fesat mukarin) aksine, bu sözleşmeyi kısmen geçersiz kılan şey, kalan kısımlarda etkili olmaz. Buna benzer hükümleri "Sarf" konusunu işlerken açıklamıştık.

Buradaki sulh akdi, lehine vasiyet edilenin bütün vasiyet hakkını, mirasçıların paylarına göre, sözleşmeyi yapan mirasçının malından teslim

edilecek şekilde yapılmışsa bunun hükmü de yukarıda açıkladığımız gibi olur.

Çünkü sözleşmeyi yapan mirasçı ödemeyi kendi malından yaparak diğer mirasçıların payları konusunda bağışta bulunmuş olur. Böyle bir kullanım da, yetkisiz birisi (fuzûlî) tarafından yapıldığında geçerli olduğu gibi, mirasçı tarafından yapıldığında da geçerlidir. Bu yönüyle sözleşme bütün mirasçılar tarafından söz konusu bedel üzerinde yapılmış gibi olur. Yani mirasçının lehine vasiyet edilenle yaptığı sulh akdi ile, mirasçıların kendi aralarında yaptıkları sulh akdi açıkladığımız tüm konularda aynı hükümlere tabidir. Çünkü bunların tamamı miras malının ortaklarıdır.

Mûsâ lehin, mirasçılardan birisinin payını almak üzere sulh yapması

Miras mal, lehine vasiyet edilenin elinde bulunup mirasçılardan birisi kendi payını ona vermek üzere bir miktar para karşılığında onunla sulh akdi yapsa hüküm yine böyledir.

Çünkü mirasçı, lehine vasiyet edilenden (mûsâ lehden) aldığı bedel karşılığında, kendi payının mülkiyetini ona devretmektedir. İşte miras mal kendi elinde bulunduğunda mirasçının mûsâ lehle yaptığı sulh akdi geçerli olduğu gibi, mûsâ lehin mirasçı ile yaptığı sulh akdi de geçerlidir.

Miras konusu mal; altın-gümüş paralar, ticaret eşyası ve içindeki cevher ancak zarar verilerek çıkarılabilecek türden ziynet eşyalarından oluşuyor ve mirasçı olarak iki yetişkin erkek ile vasisi bulunan bir küçük buluyorsa, ayrıca bir tane de kendisine vasiyette bulunulan birisi (mûsâ leh) varsa, bunlar bilir kişilerce söz konusu malların değerlerinin belirlenmesinden sonra paylarını almak üzere sulh akdi yapsalar ve bilir kişiler büyüklerden birisine ziynet eşyasının kendisi, ticaret eşyası ve biraz da mal verileceğini belirtip diğerlerinin de paylarını açıkladıktan sonra taraflar bunu kendi aralarında uygulayıp söz konusu değere göre sulh bedellerini teslim almadan ayrılsalar yapılan sulh akdi geçerli olmaz.

Çünkü bu sözleşme ziynet eşyası oranında sarf akdidir. Akit meclisinde teslimin gerçekleşmemesi sözleşmeyi geçersiz kıldığı gibi, cevher (maldan) oranında da sözleşme geçersiz olur. Çünkü ziynetin cevherden çıkarılması ancak zarar vererek mümkün olmaktadır. İşte böyle bir şeyin başlangıçta satılması câiz olmadığı gibi, sözleşme ziynet eşyası oranında geçersiz duruma geldikten sonra bu sözleşme geçerli olarak kalamaz. Buna benzer meseleleri "Süslemeli Kılıç Üzerine Yapılan Sarf Akdi" konusunu işlerken açıklamıştık. [20/183]

Bunların içinden bir mirasçı bin dirhem karşılığı bir köle ve ticaret eşyası satın alsa sonra diğer mirasçı da kendi payından her birine hesap edilip ödenmek üzere bin dirhem karşılığı cevherli ziynet eşyasını satın alsa bu sözleşme geçerli olmaz.

Çünkü bu sözleşme ziynet eşyası oranında sarf akdidir. Akit meclisinde karşılıklı teslim gerçekleşmemiştir. Ayrıca onun kardeşinden alacağı pay da bu sözleşme kapsamındadır ve bir alacaktır (deyn). Miras malın bir kısmı üçüncü kişilerin ödemekle yükümlü olduğu bir alacak olsa, mirasçıların kendi aralarında yapacakları bu tür sulh akdi geçerli olmayacağı gibi mirasçılardan birisi borçlu olduğunda da böyle bir sözleşme geçerli olmaz.

"Ancak şu var ki bu cevher ayrılmış ise sözleşme bu oranda geçerli olurken, ayrılmamışsa bununla ilgili sözleşme geçerli olmaz. Cevherin ayrılabilecek nitelikte olmaması konusuyla ilgili hüküm açıktır.

Çünkü sözleşmeyi ziynet eşyası oranında geçersiz kılan bir unsur bulunmaktadır. Tarafların teslim gerçekleşmeden önce birbirlerinden ayrılması sözleşmeyi cevher oranında da geçersiz kılar.

Ancak cevher ayrılmış olup sulh akdi, mirasçıların tümü ve mûsâ leh ile yapılmışsa bu sözleşme cevher üzerinde de geçerlidir.

Çünkü burada ziynet eşyası oranında sözleşmenin geçersiz olmasına neden olan unsur akit meclisinde teslimin gerçekleşmemesidir. Bu sözleşmeyi geçersiz kılıcı sonradan meydana gelen bir unsurdur. Sözleşmeyi yapan tarafın payının borç olduğu göz önüne alınmaz. Çünkü o, kendi payından vazgeçme karşılığında bu ziynet eşyası üzerinde sulh akdi yapmamış, o takıyı, onlardan bin dirhem karşılığında ve bu bedel kendi payından taraflara ödenmek koşuluyla satın almıştır. Dolayısıyla burada sözleşmenin geçersiz oluşunun nedeni ziynet eşyasının akit meclisinde teslim alınmamasıdır. Çünkü küçük mirasçı ve mûsâ leh, diğer kardeşten alacaklı oldukları paylarını akit meclisinde teslim almamışlardır. Tüm bunlar ise akit meclisinde teslim gerçekleşmediği için sözleşmeyi geçersiz (fâsid) kılmaktadır. Ancak sözleşmeyi temelden bozan unsur tam anlamıyla belirli değildir. Bu yüzden ayrılmış ise, sulh akdi cevher oranında geçerliliğini korur.

Allahu Teâlâ doğruyu daha iyi bilir.

KARMA İNDEKS

A

âdil, 163
âkile, 137
âriyet, 41, 190, 196, 269, 273
ayn, 218
az kusur, 258

B

bahiyye, 260
behrec, 260
berâet, 138, 178
bey', 222, 251
beyt, 248
borç, 81
bunak, 16

C

cehalet, 221
cerîb, 229
cevr, 207
cezru'l-esam, 10, 126
cu'l, 231

Ç

çok kusur, 258

D

daman, 153
damânu'd-derek, 154
dâr, 244
dârülharp, 48
derek kefilliği, 2, 190, 197
deyn, 218, 267, 286, 291

E

e'd-deyn-ü bi'd-deyn, 267
ecîr-i müşterek, 156
ehlü'l-ehvâ, 118
eman, 50, 107
emîn, 44
erş, 137, 155, 280

F

fâsid, 194, 259, 266, 278, 289, 291
fesat mukarin, 289
fesh, 195
fidâ, 285
fuzûlî, 219, 238

G

gabn-i fahiş, 283
gâib, 12, 65
garar, 212
gurre, 258

H

hadd-i kazf, 155
halefiyet, 169
halît, 83, 108
haram li aynihi, 206
harbî, 40
hasım, 67

havale, 68, 79, 105, 153
helal li aynihi, 207
hibe, 178, 251
hisbe, 223
hul', 133, 194

I

ibrâ, 18, 26, 36, 46, 67, 80, 87, 90, 104, 120, 148, 203, 218, 287
îcâp, 218
icâre, 225, 251, 278
ihtilafü'l-cins, 276
ihtiyat, 194
ikâle, 101, 145, 235
ikrar, 219
illet, 287
iltizam, 231, 232, 238
inân, 34, 153, 184
iskat, 218, 254, 261
istihkak, 101, 103, 129, 131, 145, 190, 192, 197, 201, 217, 219
istihlaf, 282

K

kabz, 222, 232
karz, 194
kazf, 159
kefil, 2, 25, 67, 109
kefillik, 28
kıyemî, 38
kitâbet, 124
kürr, 65, 264

L

Liân, 160

M

mâdûm, 251
maliyet, 18
maraz-ı mevt, 125, 196
mazmûn, 191
mebî', 240, 253, 267
mehr-i misl, 39, 280
mesîl, 241
mesken, 244
mevkuf, 231
minha, 41
mîsâk, 167
mislî, 38, 97
muâvaza, 260, 261, 273, 286
mudârebe, 97, 156
mudârib, 153
mufâvada, 96, 126, 153, 184, 226
muhâbât, 220, 252
muhâla'a, 219, 253, 258
muhâyee, 269, 280
muhîl, 69
mukarrun bih, 219
mukırr, 219
mûsâ bih, 226
mûsâ leh, 225, 288, 290
musâlah anh, 222, 230, 240
musâlahun aleyh, 240
mûsî, 284
mübâdele, 92
mübeddel, 10, 186
müdâyene, 76
müdebber, 20, 148, 232
müdebbere, 19
mükâtebe, 147
mükâtep, 18, 27, 113
mülâzemet, 111
mümeyyiz, 11, 72, 81, 107, 113, 137, 139
münkir, 242
mürted, 49
müslemün fih, 264, 265
müslemün ileyh, 266
mütekavvim, 263, 279, 282

N

nahle, 178
nâib, 149
nebehrec, 102, 260
neciyye, 85
nesep, 213

R

rabbü's-selem, 266
re'sü'l-mal, 261, 264, 289
rıtl, 263
riba, 208
riybet, 207
rubeyye, 207
rüşvet, 48

S

safka, 262
safka vâhide, 289
sarf, 70, 73, 146
selem, 70, 98, 146
semen, 73, 217, 230, 252, 255, 267
sulh, 206, 208
süknâ, 237, 251
süttûka, 102, 232

Ş

şayi, 243
şâz, 169
şirb, 241
şirket-i mülk, 224
şuf'a, 5, 45, 220

T

ta'zir, 163
talak, 218
teâti, 257
temlik, 91, 218, 252
tereke, 286
tesmiye, 278
tevâ, 68, 71
tezkiye, 159

Ü

Ümmü veled, 20

V

vaat, 199
vasî, 12, 283
vedîa, 130
vekil, 11
vela, 212
vesâyet, 284

Y

yed-i emîn, 115, 159, 274

Z

zımnî, 219
zilyet, 243
zimmî, 35, 40, 113, 192, 218
ziyade ale'n-nass, 217
Zûtî, 75
züyûf, 102, 260